

LA RÉOLUTION DES CONTRATS SYNALLAGMATIQUES EN DROIT ALLEMAND

THESE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
Le Mardi 5 Mars 1940, à 14 heures

PAR

Léontin-Jean CONSTANTINESCO

MEMBRES DU JURY :

	Président : M. René CASSIN	
Suffragants :	MM. Henri LEVY-ULLMANN	} Professeurs.
	Maurice PICARD	

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1940

THÈSE
POUR LE DOCTORAT EN DROIT

LA RÉOLUTION

DES

CONTRATS SYNALLAGMATIQUES

EN DROIT ALLEMAND

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Le Mardi 5 Mars 1940, à 14 heures

PAR

Léontin-Jean **CONSTANTINESCO**

MEMBRES DU JURY :

Président : M. René CASSIN

Suffragants : { MM. Henri LEVY-ULLMANN } Professeurs.
 Maurice PICARD }

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1940

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



LISTE DES ABREVIATIONS EMPLOYÉES

Abt.	<i>Ableitung.</i>
ABGB.	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich (Code civil autrichien).</i>
ALR.	<i>Allgemeines Landrecht für Preussischen Staaten (Code civil prussien).</i>
Arch. Bürg. Recht.	<i>Archiv für Bürgerliches Recht.</i>
Arch. Ziv. Prax.	<i>Archiv für Zivilistische Praxis.</i>
Bay. Rpflz.	<i>Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.</i>
Bd.	<i>Band.</i>
BGB.	<i>Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Code civil allemand).</i>
D.	<i>Recueil Dalloz.</i>
Diss.	<i>Inaugural Dissertation für Erlangung der Doktorwürde.</i>
D. I. Z.	<i>Deutschen Juristen Zeitung.</i>
Gruchots B.	<i>Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.</i>
HGB.	<i>Handels Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Code de commerce allemand).</i>
Komm.	<i>Kommentar.</i>
Ih. I. ou Iahr. Dog.	<i>Iherings Iahrbuch für die Dogmatick des Bürgerlichen Rechts.</i>
I. W.	<i>Juristen Wochenschrift.</i>
L. Z.	<i>Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.</i>
Motive ou Motifs.	<i>Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1888.</i>
OLG.	<i>Oberlands Gericht.</i>

PVv.	<i>Positiven Vertragsverletzungen.</i>
Protokolle ou Prot.	<i>Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung der Bürgerlichen Gesetzbruchs, 1897.</i>
R. G. R. Komm.	<i>Kommentar Zum BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts.</i>
Recht.	<i>Das Recht (Rundschau für den Deutschen Juristenstand).</i>
R. G.	<i>Reichsgericht.</i>
R. G. Z.	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.</i>
R. O. H. G.	<i>Reichsoberhandelsgericht</i>
S.	<i>Recueil Sirey.</i>
Seuff A.	<i>Seufferts Archiv für Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Deutschen Staaten.</i>
Seuff B.	<i>Seufferts Blätter für Rechts Anwendung.</i>
Soergel Rsp.	<i>Soergels Rechtsprechung.</i>
SLv.	<i>Succesivlieferungsvertrag.</i>
ZHR.	<i>Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.</i>
Warn Rsp.	<i>Warneyers Jahrbuch des Entscheidungen.</i>

Au seuil de cette étude nous tenons à apporter le témoignage de notre reconnaissance à tous ceux qui, par leurs œuvres, nous ont inspiré le choix de ce sujet et qui, par leurs conseils, nous ont aidé dans notre travail.

Notre gratitude va d'abord à Monsieur Bené Cassin qui nous a fait l'honneur de bien vouloir présider cette thèse et qui, à diverses reprises, par ses précieux conseils, a facilité notre tâche.

Mais notre reconnaissance s'adresse aussi à tous les juristes éminents qui ont éveillé en nous l'intérêt du droit comparé.



En procédant à cette étude, nous avons voulu projeter une lumière plus vive sur cette matière. Nous avons cru bon de la traiter dans son ensemble, puisque dans beaucoup de cas on ne la connaît que fragmentairement en France. Nous avons voulu mettre en évidence les avantages du droit allemand, ainsi que les écueils qu'il n'avait pu éviter. Mais en notant l'écart qui existe entre la réglementation légale et les applications jurisprudentielles, nous avons voulu surtout prouver que les nécessités de la vie pratique tendent à s'affranchir des barrières légales artificielles, pour dégager le système le mieux adapté.

Par là même notre étude aura contribué, peut-être, à vérifier indirectement l'existence de ce droit commun législatif dont parlent Saleilles, Lambert et M. Lévy-Ullmann, malgré les différences qui séparent en apparence ces systèmes juridiques.

En insistant sur la jurisprudence allemande qui s'est inspirée du système français pour compléter la loi alle-

mande, nous avons voulu prouver indirectement qu'un pays étranger peut s'inspirer d'un droit étranger pour rectifier ses propres erreurs.



Une étude de droit comparé se heurte à des difficultés différentes de celles que rencontre toute autre étude. Dans la majorité des cas une institution ne peut pas être étudiée séparément et abstraction faite de toutes les institutions qui lui servent de fondement, de celles auxquelles elle sert de base et de celles avec lesquelles elle a des points de contact. Car dans la majorité des hypothèses, une institution juridique n'est qu'une des pièces du système. Or, pour pouvoir la comprendre et l'expliquer il faut lui rendre sa vraie physionomie, l'intégrant dans le système juridique auquel elle appartient. Mais pour expliquer une institution par rapport à son système, on est obligé d'étudier et d'exposer des principes qui appartiennent plutôt au système qu'à l'institution, mais qui, par leur étroite liaison avec cette dernière, sont nécessaires. Dans certaines hypothèses la compréhension même de l'institution est subordonnée à ces études préalables ou complémentaires.

Quelquefois on rencontre dans les deux législations des termes identiques, mais qui désignent des notions juridiques différentes. Il faut alors se garder de les confondre. La difficulté est plus grande lorsqu'on a affaire à une notion juridique dont l'équivalent manque dans une des législations. Dans ce cas, il faut commencer par trouver un terme convenable pour pouvoir ensuite en traduire le contenu juridique lui-même. Toutes ces exigences propres à une étude de droit comparé obligent à un travail ingrat qui conduit à des détours inévitables. Pourtant, ce travail est nécessaire, car avant de comparer, de relever des différences et des ressemblances, et avant de tirer des conclusions quant à la supériorité des deux systèmes juridiques, il faut,

par ce travail préalable de nivellement, transporter le système à étudier, non en des termes juridiques équivalents, mais en notions juridiques identiques. Par ces quelques lignes relatives aux difficultés et aux exigences propres à ce genre d'études, nous voulons nous excuser de n'avoir pu les éviter.

★★

Nous avons dû apporter certaines limitations à notre sujet. D'une manière générale, nous avons voulu étudier le système légal de la résolution, tel qu'il résulte des articles 325-27 du BGB., laissant de côté l'étude des hypothèses spéciales de résolutions consacrées par le BGB., par exemple en matière de fiançailles, achat d'une succession, etc... Voulant nous tenir aux seules questions juridiques, nous avons, également et délibérément, laissé de côté l'étude du droit de résolution instituée par loi spéciale en faveur du propriétaire aryen à cause de l'origine ethnique du locataire... juif et inversement.

★★

Nous avons divisé notre étude en quatre livres. Le premier traitera de la théorie de la résolution aux différents stades de son évolution jusqu'au BGB. Le deuxième livre sera consacré à la résolution dans le droit allemand contemporain. Nous y étudierons son domaine, ses causes et son fonctionnement. Dans le troisième livre, nous nous occuperons des effets de l'option du créancier. Dans le quatrième livre, dans une étude de synthèse, nous tâcherons de dégager les traits caractéristiques qui différencient le système légal allemand du système français. Nous étudierons aussi les extensions apportées par la jurisprudence allemande qui, pour satisfaire aux besoins pratiques, a dû sacrifier la plupart de ces caractéristiques.

INTRODUCTION

ÉVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT ALLEMAND JUSQU'AU CODE DE 1900

Avant 1900, on ne peut guère parler d'un système juridique germanique qui soit unitaire dans sa conception et applicable sur tout le territoire de l'empire.

D'ailleurs, l'unité législative, manifestation du pouvoir central, ne peut exister avant que ce pouvoir central ne s'affirme politiquement. Evidemment, il existait dans le monde germanique une communauté de conceptions et d'institutions juridiques, expression du caractère de la race, suite nécessaire de la communauté d'origine. Mais, malgré l'unité d'origine, la différence d'évolution politico-juridique des divers groupements avait conduit à une situation où coexistaient des systèmes apparentés, mais où on ne pouvait pas parler d'unité. L'évolution politique des Etats allemands constitue sûrement la cause principale de cette diversité.

Le droit romain a exercé sans conteste une forte influence sur ce droit germanique « Les *leges barbarorum* n'échappèrent point à l'influence du droit romain ; pas plus que les *leges romanae* ne se défendirent de toute infiltration germanique » (1).

(1) CORNIL, *Quelques considérations sur la réception du droit romain en Allemagne*, p. 1.

Pourtant, il est impossible de donner des précisions spéciales sur cette influence réciproque qui s'est manifestée par la voie fort lente du phénomène de pénétration.

Cependant les auteurs sont d'accord pour affirmer que, dans cette première période, l'importance des acquisitions romaines a été réduite. L'influence du droit romain s'exerça timidement et fut « sans véritable signification » (1).

Elle n'aboutit pas à détruire le caractère spécifique du droit germanique qui garda « durant tout le Moyen-Age une forte individualité » (2).

1. A la fin du Moyen-Age on assista en Allemagne à une réception générale du droit romain. « Par un phénomène d'osmose juridique, le droit romain s'insinuait en même temps qu'il s'adaptait à la vie sociale allemande » (3).

Les raisons théoriques qui ont commandé cette transfusion juridique sont diverses. L'évolution croissante des rapports économiques demandait une unité de conception juridique. La diversité exagérée des systèmes ne satisfaisait plus aux nécessités de la vie commerciale.

Le droit germanique était éparpillé dans une multitude de coutumes locales. Dans bien des cas il n'était pas écrit. Il présentait de nombreuses lacunes et manquait totalement de méthode, car, avant la réception du droit romain, le droit germanique n'avait pas abouti à un vrai système. Le droit féodal n'avait établi qu'une unité juridique de surface puisqu'il ne s'appliquait qu'à une catégorie spéciale des personnes et ne régissait que certaines institutions (4). Les sources juridiques (5) montrent que ce droit avait réussi

(1) Marcel COT, *La Conception hitlérienne du droit*, thèse Toulouse, 1937, p. 126 ; H. MEYER, *Rechts und Volkstum*, 1926, p. 23.

(2) Marcel COT, *op. cit.*, *loc. cit.*

(3) VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, thèse Paris, 1926, p. 141.

(4) SALEILLES, *Annuaire de législation étrangère*, 1896, p. 143.

(5) HEILFRON, *Geschichte des Gemeinen Privatrechts und Civilprozesses*, pp. 155-339.

à régler partiellement certaines institutions prises individuellement. — Mais en l'absence de principes généraux, il n'y avait pas de liaison ou de cohésion entre ces institutions. Ce qui autorisait Heilfron (1) à affirmer que le droit germanique souffrait du manque de partie générale. Ces graves inconvénients du droit germanique facilitèrent la réception du droit romain.

La réception du droit romain imposait cette unité de conception juridique qui, surtout en matière de droit des obligations, donnait pleine satisfaction aux exigences de la vie quotidienne (2).

La diversité des usages locaux s'opposait à la réalisation de tout progrès politique et social. La diversité infinie des coutumes locales, ainsi que leurs contradictions, provoquaient constamment des conflits. Dans ces cas, la priorité était donnée à la législation locale selon le principe formulé par l'adage : « *Stadtrecht bricht Landrecht und Landrecht bricht gemeines Recht* » (3) (Statut municipal l'emporte sur droit du pays, droit du pays passe droit commun).

Ces conflits continuels, ainsi que la priorité donnée à la loi locale, formaient une puissante entrave à la politique centralisatrice des empereurs. Le droit romain, logique et unitaire dans son ensemble, permettait de rendre dans le pays une justice uniforme, sous l'égide des empereurs, augmentant leur autorité ainsi que celle du pouvoir central (4).

Enfin on pourrait ajouter encore que le droit germanique, plus empirique dans sa construction technique, se présentait comme un instrument, sinon rudimentaire, en tout cas moins perfectionné. A côté de lui, le droit romain, affiné par des siècles de pensée, avait l'avantage d'une parfaite coordination logique et l'éclat impérissable de sa simpli-

(1) HEILFRON, *op. cit.*, p. 155.

(2) PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1, page 2.

(3) BRISSAUD, *Manuel du droit français*, p. 159.

(4) COT, *op. cit.*, p. 127 ; HILDEBRAND, *op. cit.*, p. 19 s.

cité. Le droit romain, méritant le nom de *ratio scripta*, monument représentatif du génie latin, s'imposa une fois de plus.

2. Au point de vue pratique, l'introduction du droit romain se réalisa, non par voie législative (1), mais par l'intermédiaire des jeunes docteurs (2) *in utroque jure* qui, attirés par la renommée des universités italiennes, faisaient leurs études juridiques dans l'Italie du Nord. Ceux-ci, à leur retour, étaient appelés à occuper des postes de direction dans l'administration et dans la vie politique et juridique du pays. A raison de leur formation scientifique, ils avaient une tendance très nette à interpréter les obscurités du droit qu'ils appliquaient, selon les principes du droit romain. Il arriva que les gens instruits donnèrent la primauté au droit romain « et les échevins ignorants durent céder la place aux nouveaux docteurs qui, venus de l'Italie, apportaient en Allemagne le droit scientifique » (3). Ainsi « ils eurent à peine conscience qu'ils introduisaient, dans leur pratique judiciaire nationale, les préceptes d'un droit étranger » (4).

L'application du droit romain faite d'accord avec les princes laissa s'accréditer l'opinion que le droit romain est la source de droit par excellence « et constitue le droit commun impérial » (5).

D'ailleurs, l'introduction du droit romain n'a pas eu lieu sans résistance ni sans protestation. Comme toute innovation elle se heurtait à des résistances que le passé expliquait (6).

L'introduction du droit romain s'est réalisée d'accord

(1) HEILFRON, *op. cit.*, pp. 338-340.

(2) VALIMARESCO, *th. cit.*, p. 142 ; NESTIANU, *Du système de compensation du Code civil allemand*, thèse Paris, 1938, p. 22.

(3) COT, *th. cit.*, p. 128.

(4) CORNIL, *loc. cit.*, p. 8.

(5) COT, *th. cit.*, p. 129.

(6) Voir ZOEPLF, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1871, Vol. I, p. 226 ; BRISSAUD, *op. cit.*, p. 160 ; COT, *op. cit.*, p. 128.

avec la conception politique dominante. Depuis Charlemagne (768-814) qui avait hérité de la couronne des empereurs romains, tous les empereurs allemands se considéraient comme leurs héritiers. L'empire allemand aussi était considéré comme continuant l'empire romain. C'est pourquoi l'opinion que le droit romain était applicable directement en Allemagne, n'a pas rencontré d'obstacles trop grands. Frédéric I^{er} utilisa l'exemple du droit romain pour justifier son droit de légiférer (1).

Commencée au xiv^e siècle, la réception du droit romain s'acheva au xvi^e, quand elle fut consacrée d'une manière officielle. Les auteurs (2) estiment que la reconnaissance officielle de la réception du droit romain, ainsi que sa consécration légale, résulte de l'acte de 1495, créant le Tribunal de la Chambre Suprême (Reichskammergericht) où il est dit que les juges prêtèrent serment de juger d'après « le droit de l'empire et le droit commun ».

Le droit romain reçu n'était pas celui de la législation de Justinien (3). C'étaient le Codex et les Nouvelles, mais travaillés et transformés par les glossateurs (4). Le système juridique reçu était susceptible d'abriter les institutions les plus conformes à l'esprit du peuple et capable de recevoir les innovations les plus modernes et les plus ignorées des Romains (5). Il a été modifié bien des fois d'ailleurs, soit par les constitutions des empereurs allemands, soit par

(1) HEILFRON, *op. cit.*, p. 339.

(2) HEILFRON, *op. cit.*, p. 338 ; HEYER, *Selbsthülfe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 50 ; VALLIMARESCO, thèse citée, p. 143.

(3) La doctrine du Troisième Reich voit dans la réception du droit romain le mépris du génie juridique du peuple allemand. Du retour aux vieilles institutions germaniques, elle fait une question de prestige et d'orgueil national. Dans ce sens, elle commence déjà à formuler des critiques racistes au droit romain reçu, qui ne serait pas ce « fin et authentique droit de maîtres, de ces romaines nordiques (?) qui ont créé le plus grand empire mondial de l'antiquité ». HANS FRANCK, *Die Zeit des Rechtes*. D. R. Janv., 1936, p. 2.

(4) HEILFRON, *op. cit.*, p. 342.

(5) SALEILLES, *Annuaire de législation étrangère*, 1896.

les coutumes générales ou locales. Le droit romain appliqué devient ainsi l'*usus modernus juri romani in foro germanico*, *rezipirtes roemisches Recht* (droit romain reçu), *heutiges roemisches Recht* (droit romain actuel), ou enfin droit commun (1).

3. La réception du droit romain, élaboré au cours des siècles antérieurs par d'autres esprits et pour une autre société, n'était pas de nature à aboutir à une assimilation complète et immédiate. Bien des fois le droit romain, construction raffinée des esprits avancés, n'était pas compris ou s'accommodait mal aux nécessités de la vie sociale allemande. La réception du droit romain se heurta à certaines résistances. Son adaptation provoqua une certaine déformation des règles juridiques romaines. Cet état des choses était de nature à maintenir bien des fois l'incertitude et à cultiver la diversité. Le besoin de se procurer la sécurité juridique par l'unité et la certitude des solutions, sinon pour tout l'Empire allemand, au moins partiellement par chaque Etat en faisant partie, se faisait sentir vivement.

La codification la plus importante, tant au point de vue de sa date qu'au point de vue de l'effort d'élaboration d'un droit allemand propre, fut : l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794.

Certainement on n'était pas parti de l'idée de vouloir éliminer à tout prix le droit romain (2). Mais tout de même on a attribué une importance spéciale aux usages locaux et aux coutumes du pays. Ceux-ci, fécondés par le droit romain, devraient produire une œuvre allemande par son esprit et par son contenu (3). Le Code prussien passa dans

(1) E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, p. 66.

(2) Le travail a été accompli, sur l'ordre de Frédéric-le-Grand, par le Ministre Cocceji de 1746 jusqu'à sa mort (1755). Ensuite il a été continué et revu par Svarez.

(3) VIERHAUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches* (fascicule I des Bekker und Fischer Beiträge

les Etats prussiens comme droit principal à la place du droit commun, dont il a fait un droit d'application subsidiaire.

En Autriche, le travail de codification fut ordonné par Marie-Thérèse. Il passa par plusieurs mains et fut concrétisé en plusieurs projets. Finalement on aboutit à mettre sur pied le Code de 1811.

Pour les contrées de Worms, Cologne, Aix-la-Chapelle, la souveraineté était si fragmentée qu'elles relevaient de l'autorité de 97 archevêques, ducs, comtes ou villes d'empire. L'unité de législation réalisée dans les provinces de la rive gauche du Rhin par l'introduction du Code Civil français a été accueillie avec enthousiasme.

Plus tard, ce code fut introduit sur la rive droite du Rhin dans le grand duché de Bade, où Brauer sut, sous le titre de *Badisches Landrecht*, le remanier de façon excellente pour l'adapter aux circonstances (1).

En Bavière, il y avait un code de 1756, publié sous le nom de *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*. Il reposait en grande partie sur le droit commun (droit romain reçu en Allemagne). Mais la Bavière (2) est un des pays où la diversité juridique était poussée le plus loin. A côté du code de Maximilien, dans certaines régions avoisinant le Rhin on appliquait le Code Civil français. D'autres régions étaient régies par le Code autrichien. Enfin plusieurs parties du royaume avaient gardé leur système propre, car certains événements s'étaient opposés à l'extension du Code de Maximilien. C'est pourquoi on y appliquait la coutume locale et le droit romain. Un travail de coordination et d'unification a été entrepris. Pourtant il n'a pas abouti

zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes, p. 3 ; SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 9.

(1) E. MÜLLER, *Le Code civil en Allemagne*, Livre du Centenaire, T. II, p. 627 ; SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil en Allemagne*, p. 10.

(2) SALEILLES, *op. cit.*, p. 14 ; VIERHAUS, *op. cit.*, p. 14.

à l'unification. Dans les autres parties de l'Allemagne le droit commun était encore en vigueur.

En 1814, l'Allemagne sortait d'une des crises les plus aiguës de son histoire. La nécessité de se « ressaisir, de s'unir et former une réalité historique » était impérieuse.

L'idée de l'unité nationale se manifesta sur le terrain juridique. La codification était le moyen susceptible de réaliser l'unification juridique, et un des premiers pas qui engageait la nation dans la voie de l'unité nationale. Le XIX^e siècle représente la période de gestation de l'unité allemande dans tous les domaines.

4) En Allemagne le droit romain et le droit germanique exerçaient leur souveraineté sur le même territoire. Leur contact, ainsi que leur interpénétration, provoquaient souvent des luttes « qui arrivèrent à leur paroxysme au XIX^e siècle quand deux grandes écoles, romanistes et germanistes, se livrèrent combat pour le triomphe de l'une ou de l'autre doctrine dans l'œuvre de codification » (1).

L'étude du Pandektenrecht connaît une période de pleine floraison tout au long du XIX^e siècle. On peut reconnaître parmi les Pandectistes les noms les plus célèbres de la science juridique allemande. En même temps, le droit romain connaît une nouvelle résurrection. L'Ecole historique, sous l'influence de Savigny, au lieu de diriger ses études vers les véritables institutions du droit germanique, s'appliqua avec une remarquable ardeur à l'étude du vrai droit romain. Elle se donna pour mission de découvrir les erreurs et les contresens des textes de Justinien, et d'en débarrasser le droit commun.

Ainsi on assiste au cours du XIX^e siècle à une nouvelle réception du droit romain, celle du droit romain original (2). Cette étude prolongée du droit romain pur, et sur-

(1) VALLIMARESCO, th. cit., p. 130.

(2) GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, p. 24.

tout la volonté de le substituer à l'*usus modernus pandectarum*, revenait à faire perdre tous les avantages de la réception et de l'adaptation du *Corpus Juris Civilis*, opérée auparavant.

En voulant remplacer le droit romain que les siècles avaient transformé pour mieux l'adapter aux besoins toujours nouveaux de la vie, par un droit romain original, qui ignorait quinze siècles d'évolutions sociales, on risquait de faire naître une opposition irrémédiable entre la conception populaire du droit et sa conception scientifique (1).

Les exagérations de l'école historique, ainsi que l'orgueil jaloux de l'Allemagne du XIX^e siècle, qui « semblait supporter assez mal la longue domination dans le passé de ce droit étranger » (2), amenèrent une vigoureuse réaction. Le patriotisme jaloux et quelque peu ingrat de l'Allemagne moderne a commencé par contester l'importance du phénomène de réception du droit romain. On a diminué sa portée en montrant qu'il a toujours eu une application subsidiaire (3). Pourtant, certains auteurs ne partagent pas l'avis de la majorité. Ils estiment que « c'était le droit germanique qui n'y trouvait place que sous forme d'indications de différences entre le droit romain officiel et la pratique judiciaire germanique » (4).

Heilfron (5) est aussi d'avis qu'en théorie le droit romain a eu une application subsidiaire, c'est-à-dire dans la mesure où le droit local, municipal ou régional, n'existait pas. Mais Heilfron croit que dans la pratique le droit romain a reçu une application à peu près générale. Car les juges ne connaissaient pas leur droit national qui n'était pas écrit. Même quand ils le connaissaient, ils étaient portés à

(1) KRÜCMANN, *Die Entfremdung zwischen Recht und Volk*.

(2) SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 6.

(3) PLANCK, I, p. 3, ainsi que la majorité de la doctrine allemande.

(4) LAMBERT, *Etudes de droit commun législatif*, p. 66.

(5) HEILFRON, *Geschichte des Gemeinen Privatrechtes und Civilprozesses*, p. 344.

l'écarter ou à en limiter l'application, parce qu'il était un droit barbare. On a établi d'abord le principe que le droit non écrit doit être prouvé comme un fait. Plus tard, on a établi le principe que les coutumes locales ne peuvent pas écarter l'application de la *lex* (droit romain).

Puis on a contesté l'étendue de la réception en soutenant qu'elle n'a pas eu lieu *in complexu*, mais fragmentairement (1).

Ensuite certaines études historiques comme celles de Hermann Conring (2), de Georg Beyer (3), ainsi que les quelques vieilles coutumes d'origine allemande qui s'étaient maintenues, ont attiré l'attention sur les origines germaniques du droit (4). L'école nationaliste se consacra avec ardeur à la recherche et à l'élaboration du droit germanique. On arrive à employer des termes comme « romanisme et germanisme » pour désigner les tendances extrêmes, qui se sont révélées pendant le *xix^e* siècle dans la littérature juridique (5).

Le *Deutsches Privatrecht* était une sorte de reconstitution historique « d'un droit à peu près disparu dans son ensemble, et qui ne s'appliquait plus que d'une façon fragmentaire, soit à certaines institutions d'origine un peu archaïque, soit dans quelques rares pays où les coutumes locales s'étaient davantage imprégnées des traditions primitives de la race » (6).

5. L'éveil de l'esprit nationaliste, dont Stein fut un des promoteurs, orientait la conscience du peuple vers l'unité allemande. L'élaboration d'un système juridique général

(1) LAMBERT, *op. cit.*, p. 84.

(2) H. CONRING, *De origine juris germanici*, 1643.

(3) Georg BEYER, *Jus germanicum privatum*, 1707.

(4) HEILFRON, *Geschichte des Gemeinen Privatrechts und Civil processen*, p. 346.

(5) LAMBERT, *op. cit.*, p. 78, où on trouve une analyse minutieuse de ces tendances.

(6) SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 38.

s'impose « lorsque tout un grand pays a pris conscience de son unité foncière, et que, sous la diversité surannée de ses formes juridiques, il se sent produire un mouvement irrésistible vers la communauté du droit privé » (1).

Le tort de Thibaut a été de vouloir, d'un trait de plume, substituer à celui existant un autre organisme juridique sans racine dans le passé. Mais si la nécessité d'une codification formulée par Thibaut (2), en 1814, n'a pas été admise à cause de l'école historique et de Savigny (3), qui en a combattu vigoureusement l'idée, et il n'en est pas moins vrai que cette pensée est restée vivante dans l'âme du peuple.

La situation politique fut le principal obstacle qui barra la route à l'unification. Tout le XIX^e siècle se caractérise par l'effort continu vers ce but. Les unions politiques successives, les unions douanières, ainsi que les confédérations en témoignent (4).

L'unité législative apparut, non seulement comme une chose désirable en soi, mais aussi comme un moyen destiné à faciliter la marche vers l'unité nationale.

En 1847, les Etats de l'Union douanière (Zollverein) nomment une commission qui aboutit à mettre sur pied un projet de loi sur les lettres de change. Ce projet fut adopté par les Etats de l'Union. En 1869 la même loi fut introduite dans les Etats de la Confédération du Nord, comme loi de la Confédération, et adoptée plus tard comme loi fédérale de l'Empire.

Sur la base de deux projets, l'un prussien et l'autre autrichien, on arrive à élaborer un projet de Code de Commerce. Il est introduit d'abord dans les Etats allemands

(1) SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 12.

(2) THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines Allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland*.

(3) SAVIGNY, *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

(4) BASDEVANT, *La S. de N. Cours fait au doctorat 1933-1934*.

comme loi locale. En 1869 il est introduit dans les Etats de la Confédération du Nord comme loi fédérale (*Bundesgesetz*) et promulgué ensuite comme loi d'empire (1).

L'unité de législation, réalisée dans le domaine commercial et dans celui de la lettre de change, faisait sentir plus encore le besoin et les avantages de l'unité de la législation civile. L'idée d'un Code Civil unique était reçue avec enthousiasme, quoique la diversité ne fût plus chaotique (comme avant les premières codifications) mais réduite à quatre groupes distincts (2). Une commission fut désignée pour élaborer un projet de Code.

6. Le premier projet de 1888, attendu avec impatience, a, cependant, soulevé des critiques très vives. Tout en reconnaissant le travail créateur, la valeur du matériel rassemblé, ainsi que sa technique juridique, beaucoup d'auteurs considéraient le projet comme une œuvre dont le contenu était étranger à l'âme allemande. La critique était amère et de nature à impressionner, car elle venait d'auteurs d'une renommée incontestée (3).

« Les attaques les plus vives vinrent du côté des germanistes, qui reprochaient au projet de n'être qu'une mise au point des ouvrages des pandectes... » (4). Gierke (5) fut certainement celui dont la voix se fit le mieux entendre, et celui auquel l'Allemagne doit que le Code de 1900 ne soit

(1) PLANCK, vol. I, p. 4.

(2) a) Les provinces qui restaient fidèles au droit commun ;

b) celles qui appliquaient le Code de la Prusse ;

c) Les contrées où on avait introduit le Code civil fr.

d) Enfin celles où était en vigueur le droit saxon.

(3) MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen Volksklassen* ; WILLMANS, *Die Reception des römischen Rechts und die Sociale Frage der Gegenwart*, Leipzig. 1896 ; ERLICH, *Sociale Gesetzgebung Politik auf dem Gebiete des deutschen Privatrechts* ; DOHN, *Bemerkungen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, 27 nov. 1888, *Schlesische Zeitung* ; etc...

(4) SALEILLES, *Annuaire*, p. 150.

(5) Otto von GIERKE, *Entwurf eines BGB.*

pas une rédaction, par article, sèche et sans vie des Pandectès. Il a combattu le projet pour son caractère latin, d'où la pensée et l'âme allemandes étaient absentes. Le système précédent avait tout de même permis à l'élément germanique de vivre et de s'épanouir dans certaines coutumes locales. Plusieurs Codes allemands modernes en avaient consacré quelques-unes, par dérogation aux principes du droit commun. « Désormais tous ces vestiges du droit national allaient disparaître » (1). Gierke a dénoncé la tendance des rédacteurs à déformer les constructions originales de la pratique germanique, là où on les avait consacrées, pour les adapter au droit romain. Il a reproché aux auteurs du projet le fait d'avoir cédé à la conception individualiste du droit romain, en oubliant que cette conception ne pouvait plus satisfaire aux nécessités sociales du moment. Le projet était l'œuvre « des doctrinaires épris de la logique et de la raison pure qui avaient sacrifié aux tendances abstraites d'une science de principes et de logique radicale, les besoins les plus visibles des couches populaires et de la démocratie moderne » (2).

La forme pédante de rédaction paraissait se prêter mal à une application pratique. La langue même, abstraite et quelquefois obscure, était savante mais non allemande.

Pour combler les lacunes signalées, et pour donner satisfaction aux réclamations que les germanistes avaient formulées, une nouvelle commission fut instituée dans le but d'élaborer un second projet.

7. Le second projet, avec quelques remaniements, est devenu le Code Civil allemand, mis en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1900.

Le but de ce Code n'était pas de créer un droit nouveau, mais de codifier le droit existant. Pour cela il cherchait

(1) SALEILLES, *Annuaire*, p. 150.

(2) SALEILLES, *Annuaire*, p. 150.

d'abord à dégager les principes communs. Là où il y avait des principes différents on choisissait celui qui convenait le mieux aux besoins du temps (1).

Le Code prussien et le *Gemein Recht* (droit commun) sont les systèmes qui ont exercé la plus grande influence sur la formation du BGB. (2). Ces influences sont visibles « trop fréquemment encore, surtout dans la matière des obligations, ce code a maintenu des traditions romaines » (3).

La distribution des matières et l'ordre suivi sont d'une stricte logique. De la rédaction, doctrinale jusqu'au pédantisme, se dégage un esprit scientifique (4), caractéristique du nouveau Code.

D'un autre côté la marque de l'école positiviste est profondément imprimée dans le nouveau Code. Plongeant ses racines dans le mouvement de réaction contre le doctrinarisme philosophique, aidée par les principes fondamentaux de l'école historique, l'école positiviste bénéficiait d'une faveur spéciale parmi les auteurs (5) allemands de la seconde moitié du siècle dernier. Ne se préoccupant pas du principe fondamental d'une justice supérieure aux contingences, certains auteurs ont préféré déduire le droit des institutions juridiques actuellement vivantes.

Le système d'élaboration du BGB. est fondé exclusivement sur le droit existant. Une preuve en est fournie par le fait que les Commentaires du Code Civil allemand de 1896 expliquent l'œuvre législative « sur la base presque exclusive du droit civil existant effectivement dans les divers pays de l'Allemagne avant sa mise en vigueur » (6).

D'un autre côté, le nouveau Code allemand a eu bien des

(1) PLANCK, vol. I, p. 19.

(2) PLANCK, vol. I, p. 20.

(3) LAMBERT, *op. cit.*, p. 91 ; COT, *th. cit.*, p. 137.

(4) PLANIOL, I, p. 58.

(5) BRINZ, WINDSCHEID, BEKKER, cités par GENY, *op. cit.*, p. 34.

(6) GENY, *op. cit.*, p. 34.

fois recours au ALR. comme source d'inspiration. Par là même, les critiques qu'on a formulées à l'encontre de celui-ci se répercutent, quoique avec une moindre intensité, sur le nouveau Code. Le Code prussien était né au XVIII^e siècle, en plein rationalisme (1). Il se croyait capable d'atteindre à la perfection absolue, non seulement par la qualité des solutions, mais aussi par la prévision de toutes les solutions possibles et imaginables. A une réglementation de principe, les auteurs du Code prussien ont préféré une réglementation détaillée, donnant des solutions spéciales pour chaque cas particulier. On tend à donner à la règle juridique une application précise et automatique, destinée à l'affranchir de l'intervention des tribunaux. Même si dans le BGB. cette réglementation de détail a été remplacée, autant que possible, par une réglementation par voie de principes, il n'en reste pas moins vrai que l'esprit du Code prussien y est encore vivant. Les efforts en vue d'éviter toute omission, pour assurer ainsi au droit une application mécanique, peuvent venir à l'appui de cette pensée (2).

8. Certainement le Code allemand représente un sensible progrès dans la voie de l'affranchissement de la pensée juridique allemande et dans celle de l'élaboration d'un droit national. Mais ce progrès est relatif et non absolu.

Le Code a été admiré pour certaines de ses qualités qu'on ne saurait contester. Mais quarante années d'application de confrontation quotidienne avec les réalités pratiques ont été suffisantes pour dénoncer ses formules compliquées, pédantes et obscures, et surtout pour mettre en évidence ses lacunes graves. Pour les combler, les tribunaux ont dû s'arroger une vraie fonction créatrice du droit.

(1) DJUVARA, *Teoria generala a dreptului*, vol. II, p. 482 ; MÜLLER, *Le Code civil en Allemagne*, Livre du Centenaire, t. II, p. 627.

(2) Résultat de la tendance rationaliste, mais en plein accord avec la tendance positiviste.

Normalement, la jurisprudence, au lendemain de la promulgation d'un Code, est plutôt portée à garder sa fonction primordiale d'interprétation du droit. C'est seulement plus tard, quand des cas imprévus surgissent, quand les réalités pratiques dépassent l'esprit de prévoyance du législateur, que les tribunaux exercent une autre fonction plus délicate, sortant à proprement parler de leur véritable sphère d'activité : c'est une fonction créatrice du droit.

Cette opposition entre la loi écrite et la jurisprudence a d'ailleurs pesé d'une façon décisive sur le choix du sujet de notre étude. Il nous a paru que la résolution constitue un des exemples typiques de la manière abstraite, artificielle, indifférente aux nécessités de la pratique, que les rédacteurs du BGB. ont employée pour la réglementation de certaines institutions. Dans cette matière, ils ont procédé en théoriciens épris des formules abstraites, mais en totale méconnaissance des besoins impérieux de la vie pratique. Au lendemain de la mise en vigueur de ce système, les tribunaux ont dû intervenir, non seulement pour combler ses lacunes, mais aussi pour le réformer en mettant à néant le cadre artificiel par lequel le législateur avait réussi à compliquer la réglementation légale de la résolution, la rendant lourde et abstraite.

LIVRE PREMIER

**THÉORIE DE LA RÉOLUTION
AUX DIFFÉRENTS STADES DE SON ÉVOLUTION
JUSQU'AU BGB.**

CHAPITRE PREMIER

LA RÉSOLUTION AVANT LE BGB.

SECTION PREMIÈRE

DROIT ROMAIN

9. La résolution, principe général en vertu duquel un contrat synallagmatique est anéanti par l'une des parties, du fait que l'autre partie n'a pas exécuté son engagement contractuel, est non seulement une pièce maîtresse du droit contractuel, mais aussi une institution où le droit moderne marque un réel progrès sur le droit romain.

La résolution envisagée comme principe général au sens de l'art. 1184 C. Civ. Fr., est une institution dont l'évolution commence à partir du droit romain, et dont le perfectionnement se poursuit à travers les siècles.

Sans nier la contribution que le droit romain a apportée à la résolution, il faut tout de même reconnaître qu'il n'en a pas fait un principe général, applicable à la matière des contrats synallagmatiques. Le droit romain connaissait seulement quelques applications de ce principe.

Il faut étudier spécialement chaque contrat pour savoir si la résolution est applicable ou non. Plusieurs raisons expliquent cette situation. Le lien de connexité qui lie les obligations dérivant d'un contrat synallagmatique n'est pas apparu aux Romains comme la caractéristique la plus

saillante de ce genre de contrat. Le droit romain n'a pas tiré toutes les conséquences de ce lien de connexité. La notion même de contrat synallagmatique a été difficile à dégager.

Le caractère strict et formaliste des premiers contrats, qui exigeaient pour leur formation, outre le consentement des parties et un objet licite, l'accomplissement de certaines formalités, a amené les Romains à considérer longtemps que la source de l'obligation réside dans l'accomplissement de ces formalités. Du moment que l'attention des Romains a d'abord été attirée par les formalités sacramentelles extérieures, il est bien naturel que le consentement d'une partie, conditionné par celui de l'autre, dans la formation du contrat et dans son exécution, ainsi que le lien d'étroite connexité qui en résulte, soit passé d'abord inaperçu.

Plus tard, quand le formalisme s'est progressivement atténué et quand il a commencé à perdre du terrain pour faire place à la notion de bonne foi, la volonté intime des contractants, ainsi que leur consentement réciproquement conditionné, a commencé à être considéré comme un élément essentiel du contrat.

Les auteurs (1) estiment que le droit romain a reconnu l'existence des contrats synallagmatiques aux derniers siècles de la République. Un autre obstacle à l'élaboration de la notion de connexité a été la règle de procédure (2) désignée sous le nom de l'unité de question qui, interprétée dans son sens strict, empêchait une partie d'invoquer comme excuse de sa propre inexécution, l'inexécution corrélatrice de l'autre partie.

L'interdépendance des obligations réciproques s'est dégagée lentement et progressivement, au fur et à mesure que les contrats consensuels et de bonne foi devenaient plus

(1) R. MONJER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1936, p. 139.

(2) LEPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, thèse 1934, p. 12 ; GIRARD, *Manuel de droit romain*, 9^e éd., revue par Senn, pp. 624-764, etc.

importants et plus fréquents dans la vie pratique. On peut dire que les Romains ont été lents à saisir le lien de connexité qui unit les obligations réciproques naissant d'un contrat synallagmatique. D'un autre côté, le droit romain n'a pas su tirer toutes les conséquences de cette interdépendance.

Ainsi s'explique l'absence d'un principe général, applicable aux contrats synallagmatiques, indiquant dans quelle mesure une partie peut résoudre le contrat dans le cas d'inexécution, par l'autre partie des obligations contractuelles.

10. Le contrat de vente, de tout temps le plus important, « nous offre un exemple facile, pour voir combien le droit romain a mal compris la connexité entre les obligations réciproques » (1).

D'ailleurs le droit romain primitif, conformément à la règle du parallélisme, exige, pour défaire un acte, des formes inverses de celles qui ont présidé à sa naissance (2). Le formalisme romain primitif s'opposait à toute rupture unilatérale ou résolution du contrat.

Une fois conclu, le contrat ne pouvait plus faire l'objet d'une demande en résolution, pour le motif que l'autre partie n'avait pas exécuté ses engagements. Le vendeur est obligé de fournir l'objet de la vente et l'acheteur de fournir le prix. Plus tard, quand on a admis que l'exécution du contrat pouvait être postérieure à sa conclusion, c'est-à-dire quand on est passé de la vente au comptant à celle à crédit, si l'une des parties n'exécutait pas son engagement, l'autre ne pouvait que l'y contraindre ; il ne pouvait pas invoquer cette inexécution pour se décharger de sa propre obligation. « Les Romains n'ont jamais admis la possibi-

(1) LEPELTIER, *th. cit.*, p. 13.

(2) SAGUÈS, *La rupture unilatérale des contrats*, thèse Paris, 1937, p. 267.

lité d'exiger la résolution du contrat de vente pour inexécution des obligations de l'autre partie (1) »

C'est justement pour remédier au moins en partie à ces inconvénients qu'on prit l'habitude d'insérer une clause spéciale : la *lex commissoria*, permettant la résolution de la vente, faute de paiement du prix. Le vendeur avait alors la faculté d'opter entre l'exécution forcée et la résolution pour inexécution.

Sa situation ne différait pas beaucoup de celle du vendeur actuel. Mais dans ce cas on avait affaire à une résolution conventionnelle, rendue nécessaire justement par l'absence du principe général de résolution légale.

« Nous pouvons donc conclure que la résolution pour inexécution n'a jamais été appliquée d'une façon générale dans la vente romaine, mais que le principe sur lequel elle repose a été, cependant, connu et appliqué à plusieurs hypothèses particulières » (2).

11. Mais il existe toujours dans le cadre du contrat synallagmatique une autre série d'hypothèses où la résolution est admise sans qu'il soit besoin d'une stipulation des parties.

Le contrat de louage met mieux en évidence « l'étroite corrélation qui relie les prestations que se sont promises le bailleur et le preneur » (3).

Le caractère successif de ce contrat permet de saisir cette corrélation, non seulement au moment de sa conclusion, mais aussi pendant son exécution (4). La résolution y est admise. « L'inexécution soit totale ou partielle, qu'elle soit imputable au débiteur ou qu'elle résulte du cas fortuit, le

(1) MONIER, *op. cit.*, p. 177 ; BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse, pp. 53-171.

(2) BOYER, *th. cit.*, p. 171.

(3) CAPITANT, *De la cause des obligations*, p. 110.

(4) LEPÉLIER, *th. cit.*, p. 15.

non paiement des loyers, pendant deux années, permet au bailleur de reprendre la chose louée » (1).

12. La résolution trouve un large champ d'application en matière de contrats innommés. Toute convention qui ne rentre pas dans les contrats réels ou consensuels, dès qu'elle engendre des obligations réciproques et qu'elle est exécutée par l'une des parties, constitue un contrat innommé. La connexité des obligations du contrat innommé est manifeste. La partie qui a exécuté son obligation contractuelle peut tirer les conséquences de ce lieu de connexité. L'exécution d'une obligation devrait nécessairement entraîner l'exécution de l'autre. Car la première prestation « est accomplie non pas en exécution d'une obligation antérieure, comme dans le contrat consensuel, mais en vue de se procurer la contre-prestation, si bien que cette dernière n'étant pas exécutée, la prestation n'a plus raison d'être » (2).

Le créancier ayant satisfait à ses engagements avait à sa disposition deux droits, en cas d'inexécution par l'autre partie. D'abord, il pouvait agir en exécution, puis en résolution. La possibilité en étant fournie par la *condictio causa data, causa non secuta* (3), qui remettait les parties dans l'état où elles auraient été, si elles n'avaient pas contracté. Elle permettait ainsi au créancier de reprendre la prestation qu'il avait déjà fournie. Il existe beaucoup de controverses (4) sur l'origine de ces actions, ainsi que sur la date de leur apparition, étant donné les nombreuses interpolations des textes. En tout cas, il est certain qu'à partir du Bas Empire le créancier a, en cas d'inexécution

(1) LEPELTIER, *th. cit.*, p. 15.

(2) CAPITANT, *op. cit.*, p. 11, note 4.

(3) CASSIN, *Cours au doctorat*, 1934-35, p. 56.

(4) GRADENWITZ, *Interpolationen in Pandekten*, p. 123 s. ; DIMITRESCO, *La Condition résolutoire dans les contrats*, thèse Paris, 1906, p. 109 s. ; GIRARD, *Manuel*, p. 583.

par le débiteur, un droit d'option ; contraindre celui-ci à l'exécution forcée ou résilier le contrat en reprenant sa prestation.

Telles sont les solutions consacrées par le droit romain. On peut donc conclure qu'il n'a jamais dégagé le lien d'interdépendance du contrat synallagmatique, d'une manière parfaite et générale. De même le droit romain n'a pas su tirer toutes les conséquences de ce lien de connexité. Il n'a pas érigé en principe général la résolution pour inexécution des obligations contractuelles synallagmatiques. Il a fourni des solutions partielles, car certains contrats sont susceptibles de résolution et d'autres ne le sont pas.

SECTION II

LE DROIT GERMANIQUE ANTÉRIEUR AU CODE DE 1900 ET LA RÉOLUTION

§ 1^{er}. — Solutions du droit germanique avant la réception du droit romain

13. « Les sources permettant de connaître l'ancien droit germanique sont exceptionnellement pauvres » (1). Le caractère coutumier et non écrit du droit germanique rend les investigations difficiles. L'absence d'une étude historique sur la matière, semblable à celle que M. Boyer a entreprise en droit français, se fait d'autant plus sentir. Tout de même on peut affirmer que dans l'ancien droit germanique le principe de la force obligatoire du lien contractuel, admis sans réserve, dominait la question.

On n'est pas d'accord dans la doctrine sur la question de savoir si le simple consentement était suffisant pour enga-

(1) HEILFRON, *op. cit.*, p. 112.

ger les parties (1). La majorité des auteurs (2) semble considérer que dans l'ancien droit germanique tous les contrats étaient consensuels. Le dicton « *Ein Mann, ein Wort* » traduit cette pensée. Pourtant il y a eu des auteurs (3) pour soutenir que dans l'ancien droit germanique un contrat n'était valable que s'il était exécuté au moins par une des parties, ou si une certaine forme avait été respectée pour sa conclusion. Par là on affirme que l'ancien droit germanique n'a connu que des contrats réels ou formels. Sans entrer dans les détails de cette discussion, on peut dire qu'un contrat valable liait définitivement les parties.

Aussi, dans cette période, ne peut-on pas parler de la résolution d'un contrat synallagmatique pour inexécution. L'inexécution, ainsi que toute violation du contrat étaient considérées et traitées comme des délits, donnant lieu à une répression plutôt d'ordre pénal que civil. Chaque fois que l'inexécution et ses effets pouvaient être écartés ou réparés par une exécution ultérieure (c'est le cas des obligations dont l'objet consiste dans un fait positif, *dare, facere*) au lieu de donner au créancier le droit de se dégager du contrat pour inexécution, on permettait au contraire au débiteur d'accomplir son obligation contractuelle par une exécution tardive (4), mettant ainsi l'accent sur la force obligatoire du contrat.

Mais il ne faudrait cependant pas croire qu'on ne tient pas compte du moment de l'exécution. Chaque fois que ce moment est déterminé d'une manière précise, ou s'il a, d'après le contenu du contrat, une importance particulière, l'inexécution à la date prévue entraîne le retard du débiteur. Le retard ne peut disparaître du fait d'une exécution ultérieure. C'est pour cela qu'en cas d'exécution tardive le

(1) La doctrine française en doute ; CAPITANT, *Cours au doctorat*, 1934-35, p. 31 ; BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, p. 420.

(2) Voir HEILFRON, *op. cit.*, p. 238.

(3) SOHM, *Das Recht der Eheschliessung*.

(4) R. LÖNING, *Vertragsbruch*, p. 155.

débiteur est obligé de payer une somme d'argent à titre de peine à cause du retard. Donc la réparation s'effectue dans les débuts par le paiement d'une amende (1).

Le paiement d'une amende constitue l'unique forme de réparation pour toutes les violations contractuelles qui, d'après la nature du contrat, n'admettent pas d'exécution ultérieure. D'après les anciennes sources du droit germanique (à l'exception de la loi des Wisigoths) l'amende est la même quelle que soit l'importance du dommage subi. Le droit franc fixe l'amende à 15 solidi (2) et les autres sources germaniques à des sommes correspondantes.

Il en résulte qu'au cas d'inexécution des obligations contractuelles par le débiteur, le créancier n'a pas la faculté de se dégager, de résoudre le contrat. Bien plus, tant que l'exécution en nature de la prestation reste encore possible, le débiteur est obligé de l'effectuer ; le créancier ne peut faire autre chose qu'en poursuivre l'exécution forcée. Le préjudice résultant de la *mora* est réparé par le paiement d'une amende (3) (*Busszahlung*).

Dans cette première période du droit germanique, l'inexécution revêt plutôt un caractère délictuel (4), donnant lieu à une amende (5) de nature invariable. Lorsque la prestation était devenue impossible, le créancier pouvait en exiger la valeur, mais sans se préoccuper du montant du dommage subi du fait de l'inexécution (6), chaque fois que celui-ci dépassait la valeur de la prestation.

(1) LÖNING, *op. cit.* p. 156 ; STOBBE, *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrecht*, p. 285.

(2) STOBBE, *op. cit.*, p. 285.

(3) LÖNING, *op. cit.*, pp. 150-254-302-383-396 ; STOBBE, *op. cit.*, p. 285.

(4) Voir dans ce sens W. SICKEL : *Die Bestrafung des Vertragsbruchs und analogens Rechtsverletzungen in Deutschland*.

(5) On pouvait comparer celle-ci à la composition légale qui constituait la réparation du délit en droit romain, avant l'apparition de l'*actio injuriarum estimatoria*.

(6) STOBBE, *op. cit.*, p. 285.

14. Ce système présentait peu de garantie pour les intérêts du créancier. C'est pourquoi les parties essayèrent de combler les lacunes du système par des clauses conventionnelles, destinées à les prémunir contre ce genre de risques. Ainsi elles inséraient des clauses obligeant le débiteur à payer des dommages-intérêts en cas de retard. Une clause qui était devenue presque de style prévoyait qu'en cas de mora le créancier « wird das Geld auf den Schaden nehmen » (1). Cela veut dire que le créancier sera autorisé à se faire payer par un juif (2) la somme due par le débiteur. Le débiteur étant obligé ensuite de rembourser audit juif cette somme augmentée des intérêts. Les clauses conventionnelles les plus variées étaient destinées à prévenir ou à réparer les violations des obligations contractuelles. Le fréquent emploi de telles clauses les transforme en clauses de style. On aboutit ainsi à combler les lacunes du système. Le droit légal aux dommages-intérêts pour cause de retard fut admis d'une manière progressive (3). La réparation consiste toujours dans le paiement d'une somme d'argent remplaçant l'exécution tardive ou s'y ajoutant. Il n'est pas question de résolution dans de pareils cas.

Pour conclure, on peut dire qu'avant la réception du droit romain, le droit germanique n'a pas connu la résolution légale pour inexécution des obligations contractuelles, ni comme principe général, ni comme institution exceptionnelle.

§ 2. — Solutions du droit germanique après la réception du droit romain

15. La réception du droit romain, effectuée à partir du ^{xiv}^e siècle, a opéré en cette matière une consolidation des

(1) STOBBE, *op. cit.*, p. 286 ; LÖNING, *op. cit.*, p. 306 ; STOBBE, *Juden in Mittelalter*, p. 114 s.

(2) Il ne faut pas croire que nous ayons déjà affaire à une disposition d'ordre racial !

(3) STOBBE, *op. cit.*, p. 286.

solutions germaniques qui, dans leur ensemble, coïncidaient avec les solutions romaines. Partant de l'idée que le lien fondé par une obligation existe jusqu'au moment où les parties l'exécutent, le droit allemand antérieur et postérieur à la réception du droit romain (1) a vu dans la force obligatoire du contrat le principe fondamental du droit des contrats.

Les parties sont obligées d'exécuter leurs engagements et ne peuvent en aucune façon s'en délier unilatéralement. En cas d'inexécution, le droit allemand, conformément aux données romaines et germaniques, ne donne pas au créancier le droit d'éteindre unilatéralement le contrat. Il ne lui accorde pas une action en restitution pour la reprise de la prestation déjà effectuée. D'une manière générale le droit allemand garantit au créancier dans cette hypothèse une simple action en exécution pour forcer le débiteur à exécution de son engagement contractuel.

Le lien de connexité propre au contrat synallagmatique, d'après lequel la naissance et l'exécution de l'obligation d'une des parties sont conditionnées par celle de l'autre, a échappé aussi au droit allemand. Celui-ci poussant le principe de la force obligatoire du contrat jusqu'à l'inéquité, a assigné un rôle secondaire à l'interdépendance des obligations. Laissant dans l'ombre cette caractéristique essentielle du contrat synallagmatique, le droit allemand a ignoré la résolution pour inexécution.

16. La résolution admise par le droit romain dans les contrats innommés, n'a pas exercé une influence spéciale sur le droit allemand. Les auteurs sont d'accord pour admettre l'existence d'une faculté de se dédire (d'un droit de résolution) dans le droit romain de Justinien, pour le

(1) Nous parlerons du droit allemand postérieur à la réception du droit romain. Comme nous l'avons remarqué cette réception a été capitale pour l'orientation ultérieure du droit allemand.

créancier d'un contrat innommé, qui ne reçoit pas la contre-prestation promise. Le créancier pouvait répéter la prestation déjà fournie, par une *condictio*, nommée aussi *propter poenitentiam* (1).

Les auteurs allemands (2) estiment que la notion de contrats innommés n'a plus de valeur dans le droit postérieur à Justinien. La différence entre *pacta* et *consensus* est supprimée. Ces auteurs (3) sont d'accord pour admettre qu'à partir de la réception les contrats devinrent consensuels. Soit à cause de l'influence canonique, soit à cause de l'impossibilité d'introduire la *stipulatio* dans la vie juridique allemande (4), le simple pacte obtient la valeur juridique du contrat.

Même le pacte sans forme fait naître des actions. Et celui qui exécute le premier un contrat innommé ne le fait plus *contrahendi causa*, mais *solvendi causa*. Les contrats innommés deviennent ainsi des contrats consensuels, et pour ceux-ci on ne peut pas utiliser la *condictio causa data, causa non secuta*. En principe, celui qui a exécuté le premier l'obligation dérivant d'un contrat consensuel ne peut faire autre chose que d'exiger l'exécution forcée de la part de son adversaire.

Pour tous ces motifs, le droit commun a refusé l'héritage romain. Les auteurs nient (5) l'existence du *jus poenitendi* (*Reurecht*) pour le droit commun, qui a refusé de conserver un vestige historique dénué de toute valeur pratique. Il semble intéressant de relever que tout en prenant le même point de départ, mais en parcourant un chemin différent,

(1) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd II, p. 303.

(2) STEINHÄUER, *Die Entwicklung und Gestaltung des Rechtes Rücktritts, bei gegenseitigen Verträgen in Römisch. gemeinen Recht und B G B.*, pp. 27-28-29.

(3) HEILFRON, *op. cit.*, p. 238.

(4) HEILFRON, *op. cit.*, p. 238.

(5) VANGEROW, Bd III, p. 243 ; WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 303 ; DERNEBURG, *Pandekten*, Bd II, p. 21 ; STEINHÄUER, *op. cit.*, p. 28 ; etc.

le droit allemand est arrivé à un résultat diamétralement opposé à celui auquel a abouti le droit français.

Le droit commun a fait sienne l'idée romaine qu'en matière contractuelle la résolution ne saurait être admise légalement comme principe général en cas d'inexécution. Dans la résolution pour inexécution des contrats innommés, le droit commun a vu une exception, limitée à ce genre de contrats.

17. Privé de l'influence que la morale chrétienne et le droit canonique ont exercée sur l'ancien droit français, le droit commun n'a pas su s'élever à la conception supérieure selon laquelle la résolution serait l'application d'un principe d'équité élémentaire, découlant de la connexité des prestations, applicable chaque fois qu'une inexécution touche cette connexité et sans distinguer si on a affaire à un contrat nommé ou innommé.

Les canonistes français pénétrés de la morale chrétienne, préoccupés de la nécessité d'établir un châtiment pour punir toute faute, conformément à l'adage « *Frangenti fides, non est fides servanda* », ont admis d'une manière générale la résolution pour inexécution des obligations connexes.

L'analyse de la volonté des contractants a constitué un argument de plus pour ancrer les canonistes et les anciens auteurs français dans leur idée d'admettre la résolution de la manière la plus large. L'interprétation de la volonté présumée des parties, les a amenés à considérer la résolution comme une pièce essentielle du droit des contrats synallagmatiques sans distinguer s'ils sont des contrats consensuels nommés ou des contrats innommés.

Tout au contraire, le droit commun allemand considérait la résolution comme une institution exceptionnelle et spécifique des contrats innommés. Ils l'ont entraînée avec eux dans leur disparition. L'évolution historique qui aboutit à donner force obligatoire à tout accord purement verbal enleva en même temps aux contrats innommés toute

raison d'existence. L'exécution d'une obligation dans ces contrats apparut comme ayant été faite *solvendi causa* par rapport au contrat antérieurement conclu et déjà existant. Les contrats innommés sont devenus purement et simplement des contrats consensuels. Le droit commun allemand a cru qu'avec la distinction entre contrats innommés et consensuels devraient également disparaître les conséquences de cette distinction. Et l'erreur du droit commun a été de considérer la résolution comme une institution propre aux contrats innommés (devant dès lors cesser d'exister avec eux). Il n'a pas su y voir une pièce essentielle des contrats synallagmatiques dérivant de l'équité, eu égard à la volonté présumée des parties et à la connexité des prestations. La résolution cesse d'être admise du moment que les contrats innommés sont englobés dans le domaine des contrats consensuels.

18. L'absence de résolution caractérise aussi les contrats consensuels, deuxième groupe des contrats qui revêtent la forme synallagmatique. L'exécution d'une obligation dérivant d'un contrat consensuel est faite *solvendi causa*. « Si la contre-prestation n'est pas exécutée, cette circonstance ne rétroagit pas sur la cause du contrat » (1). Le rapport juridique ne peut pas être touché par cette inexécution.

Le contractant qui a exécuté le premier ne peut pas résoudre le contrat et répéter la prestation qu'il a déjà exécutée ; car par le fait de l'inexécution « son adversaire ne possède pas la prestation *sine causa* » (2). Le contractant qui a presté le premier a seulement une action pour contraindre son adversaire à l'exécution. Le droit d'exiger la restitution de sa prestation est exclu.

Ces principes, admis pour le droit commun par les Pan-

(1) STEINHAEUER, *op. cit.*, p. 29.

(2) STEINHAEUER, *op. cit.*, p. 29.

dectistes (1) à peu près d'une manière unanime, résultent de plusieurs constitutions impériales (2).

19. Seul Windscheid (3) semble soutenir une opinion différente de celle de la majorité. Il paraît admettre l'existence d'un droit de résolution légale pour le contractant qui a presté le premier, quand il l'a fait « dans l'attente de la contre-prestation, et quand, simultanément, sa prestation a fait ressortir d'une manière visible que cette attente est la présupposition (*Voraussetzung*) de sa prestation ». Dans ce cas, on devrait lui accorder une *condictio ob causam datorum*.

Cette argumentation semble valider d'un seul coup l'admission de la résolution dans tous les contrats synallagmatiques, car dans tous ces contrats l'une des parties exécute parce qu'elle a en vue l'exécution de l'autre.

Le raisonnement de Windscheid, qui ne diffère pas de celui des auteurs causalistes français, ne se concilie pourtant pas avec le droit commun, qui ignorait tout droit de résolution légale ; aussi l'opinion dominante (4) est-elle contraire à celle de Windscheid.

20. Un chapitre spécial est consacré à l'inexécution provenant du retard, de la *mora debitoria*.

L'évolution de ce problème a exercé une influence spéciale sur la résolution telle qu'elle a été admise ultérieurement par le BGB. La doctrine dominante (5) refuse au

(1) WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 301 ; DERNBURG, *op. cit.*, p. 56 ; STEINHAUER, *th. cit.*, p. 29.

(2) 18 C. De contrahenda emptione et venditione. 4, 38 : Si non donationis causa, sed vere vineas distraxisti nec pretium numeratum est, actio tibi pretii, non eorum, quae dedisti, repetitio competit.

1. 6 C. De actionibus empti et venditi, 4, 48 :

Venditi actio, si non ab initio aliud convenit non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit.

(3) WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 302.

(4) STEINHAUER, *op. cit.*, p. 30.

(5) STEINHAUER, *op. cit.*, p. 31.

créancier le droit d'agir en résolution pour inexécution, provenant du retard du débiteur.

Les Pandectistes (1) sont d'accord pour reconnaître que, dans ce cas, le droit commun garantit au créancier un simple droit aux dommages-intérêts moratoires. S'appuyant sur un raisonnement contraire à celui du droit canonique et coutumier français, le droit commun estime qu'un contractant ne peut pas invoquer l'inexécution de l'autre pour justifier sa propre inexécution.

Bien que les obligations dérivant d'un contrat synallagmatique ne soient pas indépendantes, cette notion de dépendance fonctionnelle, ainsi que ses conséquences, n'est pas encore bien dégagée.

Le droit commun n'accordant pas au créancier le droit de résolution en cas d'inexécution, provenant de la *mora debitoris*, ignore tout le progrès accompli par le droit canonique et coutumier français et se rapproche singulièrement du droit romain classique.

Prenant comme point de départ plusieurs constitutions impériales (2), le droit commun (3) considère qu'en cas de *mora debitoris* l'intérêt du créancier peut revêtir une double forme :

a) Le créancier peut poursuivre l'exécution en nature, exigeant en même temps réparation du dommage causé par le retard. Dans cette hypothèse on a affaire à l'exécution du contrat accompagnée des dommages-intérêts moratoires.

b) Si, à cause du retard, le créancier n'a plus intérêt à obtenir l'exécution en nature, il peut exiger des dommages-intérêts pour inexécution. Voici alors comment la question se pose : les dommages-intérêts sont-ils substitués à l'obligation du débiteur, cas où le contrat, dont l'une des obli-

(1) Voir STEINHAUER, *op. cit.*, p. 31.

(2) 1.114. D. De verborum obligationibus 45, 1 ; 1.10 C. De actionibus empti et venditi 4,49 ; 1.24.2. D. Locati conducti 19.2.

(3) WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 131 ; MOMMSEN, *op. cit.*, p. 257 ; STEINHAUER, *op. cit.*, p. 32.

gations se trouve remplacée, s'exécute ; ou bien le contrat se trouve-t-il transformé en un droit unilatéral du créancier à réclamer la différence de valeur entre les dommages-intérêts et sa propre prestation qu'il est dispensé d'exécuter ? Dans la première hypothèse le contrat subsiste. Dans la seconde, il semble qu'on ait affaire à une rupture unilatérale du contrat, car, en cas d'extrême urgence, et vu le retard du débiteur, le créancier peut conclure avec un tiers un autre contrat qui lui donnera satisfaction. Pourtant il pourra se retourner contre le débiteur du premier contrat pour lui demander la réparation du dommage résultant de la différence du prix entre l'objet du premier et du second contrat. Il est certain que dans cette hypothèse on a affaire à une rupture unilatérale du contrat accompagnée de dommages-intérêts. Car, dans la pratique, le fait de permettre au créancier de refuser l'exécution tardive de l'autre partie et d'exiger, à la place, des dommages-intérêts pour inexécution, aboutit à consacrer la résolution par rupture unilatérale du contrat. La discussion entre la première opinion qui maintient le contrat et la seconde qui l'anéantit, a été grande au cours du xix^e siècle. Elle s'est prolongée après la rédaction du BGB. (1). Mais la jurisprudence allemande et une partie de la doctrine ont adopté d'une manière constante la dernière de ces théories. Il semble même que cette solution soit caractéristique du droit allemand. Il est fort possible que cette rupture unilatérale du contrat, manifestation de la justice privée, soit un des héritages du droit germanique.

Cette institution, dont les traces sont visibles même dans le droit actuel, plonge ses racines dans le passé lointain. Sans vouloir nous attaquer à l'exposé de la question de la justice privée, qui sort du cadre de notre étude, nous pouvons tout de même dire que la « justice privée anarchique » est la seule forme de justice que les premières sociétés

(1) Voir *infra*, p.

humaines connaissent (1). Mais au fur et à mesure que l'Etat s'affirme, il tend à s'attribuer exclusivement le droit de rendre la justice.

Pourtant, la justice privée trouve un terrain propice de développement dans un état faible et incapable d'imposer sa loi. C'est le cas des Etats allemands du Moyen-Age (2), où, malgré les prohibitions légales, la justice privée (la justice de fait) continue à se développer. Mais à côté de la justice privée anarchique (qui est la négation de la puissance supérieure de l'Etat), il y avait une justice privée subsidiaire, admise par les lois et coutumes (3). Son caractère exceptionnel basé sur l'urgence, constitue sa raison d'être.

Dans les sentences judiciaires anciennes, Weisthümer (ce sont des décisions judiciaires consacrant des coutumes), on trouve une série d'hypothèses où une partie est autorisée à faire usage de la justice privée, en cas de retard (4).

« Ainsi, les faucheurs, s'ils n'étaient payés à temps, pouvaient prendre eux-mêmes le salaire qui leur était dû. Si le cabaretier ne voulait pas tirer le vin, le client mettait lui-même l'argent sur le tonneau et tirait le vin » (5).

De cette exécution forcée, mais faite dans le cadre du contrat, jusqu'à la satisfaction obtenue en dehors du contrat il n'y a qu'un pas. Au lieu d'obtenir satisfaction par l'exécution forcée (et privée) du contrat, on cherche à obtenir satisfaction à l'aide d'un second contrat (identique au premier). Mais cela implique la rupture unilatérale du premier contrat. Il semble que cette transposition soit opérée progressivement et facilement grâce à la justice privée

(1) IHERING, *Geist des Römischen Rechts*, Bd. 1, p. 66 ; HEYER, *op. cit.*, p. 4 ; SOHM *Institutionen*, 35, Anm. 16.

(2) HEILFRON, *op. cit.*, p. 174.

(3) VALLIMARESCO, *th. cit.*, p. 137.

(4) HEYER, *op. cit.*, p. 13 ; VALLIMARESCO, *th. cit.*, p. 138 s.

(5) VALLIMARESCO, *th. cit.*, p. 138 ; HEYER, *op. cit.*, p. 41.

qui est dominante dans le droit médiéval germanique et en constitue la caractéristique.

Pour la période du droit germanique antérieure à la réception, l'absence de toute source d'information nous oblige à une légitime circonspection. Pourtant, une fois admise l'idée que le créancier peut, en cas de nécessité, se faire justice même en dehors du contrat, rien ne s'oppose à étendre l'application de cette idée même à des contrats conclus avec des tiers sur des objets similaires.

On conçoit bien que le créancier doit, en cas d'extrême urgence, pouvoir se procurer la marchandise par ailleurs, si son fournisseur n'exécute pas à temps.

Dans cette hypothèse on a affaire à une rupture unilatérale du contrat ; une des formes de la justice privée. Pour cette période du droit germanique, il y a des traces d'existence du principe de la rupture unilatérale du contrat. Il est possible que ce principe ait eu une application plus générale en droit germanique médiéval. L'existence, dans cette même période d'une justice privée qui revêt des formes très variées peut renforcer cette opinion.

Il est possible que la réception du droit romain ait porté un coup décisif au développement de cette institution. L'absence d'un principe général, consacrant la résolution, a probablement incité le droit allemand à éliminer la rupture unilatérale du contrat qui n'était qu'une sorte de résolution. Pourtant l'absence totale des sources d'informations nous oblige à faire toutes réserves.

21. D'anciens auteurs (1) ont tâché de démontrer qu'en cas de *mora debitoris* la partie de bonne foi possédait un véritable droit de résolution. Mais ces auteurs n'invoquent pas en faveur de leur opinion la rupture unilatérale du contrat qu'effectue le créancier procédant à un *Deckungs-*

(1) WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen civilrechts*, Bd II, pp. 154-181 ; GLÜCK, Bd IV, p. 417.

geschäft. Ils justifient leur conclusion en se fondant sur certains textes du Digeste et du Codex relatifs surtout à la location (1). La majorité de la doctrine (2) ne partage pas cette opinion. Beaucoup d'auteurs sont d'accord pour reconnaître que le droit romain, ainsi que le droit commun, établissent un droit légal de résolution seulement dans deux hypothèses : a) *actio redhibitoria*, b) annulation pour *laesio enormis*.

Il convient de remarquer que jusqu'au seuil du xx^e siècle règnent en matière de résolution l'imprécision et le chaos le plus complet. Par cette expression, qui apparut assez tard dans la doctrine, certains auteurs désignent la faculté (légal ou conventionnelle) de se dégager des liens du contrat. D'autres l'emploient pour désigner le droit de reprendre, de quelque manière que ce soit, la prestation déjà effectuée. Enfin la jurisprudence commerciale de la fin du xix^e siècle entend par résolution la faculté pour le créancier de refuser la prestation tardive et d'exiger des dommages-intérêts pour inexécution.

Windscheid (3), Steinhauer (4), avec la majorité des auteurs, refusent d'admettre que la *mora debitoris* puisse justifier le droit de résolution pour le créancier.

22. Dans cette matière, au xix^e siècle, on appliquait sur le territoire allemand deux systèmes. Le système français, celui de la résolution de l'art. 1184 qui a pénétré dans tous les territoires ayant adopté le Code Civil français (5). Puis le système du droit commun, applicable aux provinces où il était en vigueur, ou dans les pays qui avaient consacré dans leurs codifications les solutions du droit commun.

(1) I 24.24 D. Locati conducti 19,2, ainsi que 1,6 D. De lege commissoria 18,3 ; 1,6 C. De pactis inter emptorem et venditorem compositis 4.54.

(2) WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 131 ; STEINHAUER, *op. cit.*, p. 41.

(3) WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 131.

(4) STEINHAUSER, *op. cit.*, p. 41.

(5) Voir *supra*, p.

Parmi ces derniers on doit citer le Code prussien (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) ainsi que le *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, qui consacrent législativement les principes du droit commun.

Le Code prussien écarte d'une manière expresse la résolution pour inexécution. Le principe en vertu duquel un contractant ne peut pas résilier le contrat pour inexécution de l'autre, admis d'une manière tacite par le droit commun, est consacré d'une manière expresse par l'*Allgemeines Landrecht* dans les art. 393, 394, qui édictaient ce qui suit : « Die von der einen Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrags berechtigt den anderen in der Regel noch nicht von dem Vertrag selbst wieder abzugehen. Vielmehr steht ihm nur frei, den Gegenteil zu der versprochenen Erfüllung und zu der nach Gesetzen ihm zu Kommenden Entschädigung durch den Richter anzuhalten (1) ».

Voilà affirmé d'une manière explicite le principe qui dominait la matière en droit commun, et qui doit être considéré comme fondamental pour le droit allemand. Il est certain qu'il y avait des exceptions (2) dans des cas spécialement et limitativement énumérés.

Le droit allemand n'est pas privé à découvrir sous le principe de la force obligatoire des contrats, l'autre principe qui est une exigence de l'équité : la résolution.

Privé de l'apport des droit coutumier et canonique français, qui, par leurs investigations sur la notion de cause, avaient mis en évidence la corrélation des engagements réciproques, et qui, par l'application du principe contenu

(1) Le refus d'exécution ou l'exécution incomplète du contrat par une des parties n'autorise pas, en principe, l'autre partie à se dédire au contrat même.

Au contraire, il ne lui est permis que de faire contraindre par le juge, la partie adverse à l'exécution promise et à la réparation conformément à la loi.

(2) Art. 396, 232 ALR.

dans l'adage : « *Fragenti fidem, fides non est servanda* », avaient abouti à excuser l'inexécution d'un serment, quand celle-ci était provoquée par l'inexécution antérieure du serment corrélatif ; privé de tout cet apport et livré à lui-même le droit allemand n'arrive pas à élaborer la théorie de la résolution.

Le droit germanique ne connaissait pas cette théorie. La réception du droit romain ne fut pas suffisante pour l'instaurer, car le droit romain, lui non plus, ne la connaissait pas comme principe général, mais seulement comme règle d'application exceptionnelle à des cas spéciaux.

Praticiens et théoriciens, pendant et après la réception, ont puisé par un effort continu aux sources du droit romain classique (1). Il semble même (2) qu'on n'attachait aucune importance en Allemagne aux travaux de Bartole qui, en dégagant la notion de cause finale, tendait à justifier la résolution, même pour les contrats nommés, chaque fois que « la cause finale en vue de laquelle une personne a contracté était telle que la *condictio* pouvait apparaître comme justifiée » (3). En tout cas ces travaux n'ont pas eu en Allemagne l'importance et les résultats qu'ils ont eus en France.

Le travail d'épuration du droit commun par le droit romain classique est très visible au XIX^e siècle, avec le nouvel essor de l'école historique (4).

Le droit allemand a retenu le fait que le droit romain ne connaissait pas la théorie de la *condictio* comme principe d'application général. Mais il a fait plus que cela. Le droit romain connaissait certaines applications exceptionnelles de la *condictio*, en particulier en cas de contrats innommés.

Les canonistes et les auteurs coutumiers français ont transformé le droit romain en cette matière ; de l'except-

(1) Voir *supra*, p.

(2) Voir STEINHAEUER, *op. cit.*, p. 35.

(3) CASSIN, *Cours au doctorat*, 1937-38, p. 75.

(4) Voir *supra*, p. 7.

tion ils ont fait la règle. En détruisant les vieux cadres du droit romain, notamment la distinction des contrats en contrats nommés et innommés, ils ont réussi à édifier une théorie générale de la résolution (1).

On peut dire que le droit allemand, en détruisant les mêmes cadres, notamment la distinction des contrats en contrats nommés et innommés, est arrivé à éliminer la résolution du domaine des obligations. Le droit allemand a éliminé même ces applications exceptionnelles de la *condictio*, car, étant une caractéristique des contrats innommés, elle a dû disparaître avec ceux-ci, dès qu'on a admis le principe « *solus consensus obligat* ».

Une fois le terrain dégagé, même des exceptions, le droit allemand a eu le courage de formuler un principe là où le droit romain s'était abstenu. Le droit romain ne connaît pas de principe affirmant la résolution. L'inverse est vrai aussi car « il n'existe pas davantage une théorie générale excluant le principe de la résolution de façon systématique. Une telle doctrine n'a jamais été professée par les jurisconsultes classiques » (2). En droit allemand, non seulement il n'y a aucun principe affirmant la résolution, mais il y a une disposition excluant le principe de la résolution de façon systématique. Et ce principe est vrai pour tout le droit allemand (jusqu'au nouveau Code de 1900), pour les Etats de la Prusse, de Bavière et pour tous les Etats où le droit commun était en vigueur (3).

Mettant l'accent sur la force obligatoire du contrat, le droit allemand interdit à un contractant de s'en délier unilatéralement en invoquant l'inexécution de l'autre. Par cette interdiction, qui exclut la résolution d'une manière expresse, le droit allemand va dans la voie négative bien au-delà du droit romain.

(1) CASSIN, *Cours doctorat*, 1937-38, p. 58 s. ; CASSIN, *Cours doctoral*, 1935, p. 97 ; Surtout BOYER, th. cit. ; LEPELTIER, th. cit. p. 33 s.

(2) Voir BOYER, th. cit., p. 408.

(3) Voir *supra*, p.

La résolution, institution d'origine française (1) élaborée par les efforts conjugués du droit canonique, des glossateurs et des post-glossateurs, et des anciens auteurs coutumiers, est totalement ignorée du droit allemand antérieur au BGB.

(1) Voir BOYER, *th. cit.* ; LEPELTIER, *th. cit.*, pp. 17-27 ; CASSIN, *Cours doctorat*, 1937, p. 58 ; CASSIN, *Cours doctorat*, 1935.

CHAPITRE II

LA RÉSOLUTION DANS LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU BGB.

SECTION PREMIÈRE

LE PREMIER PROJET

24. Lors de l'élaboration du Code Civil en Allemagne, les rédacteurs se trouvaient placés en face de deux systèmes diamétralement opposés. D'un côté, le système français qui, à la suite de l'adoption du Code Napoléon, avait été appliqué pendant trois quarts de siècle dans les pays rhénans, et qui utilisait la résolution comme institution courante. De l'autre côté, le système allemand, celui du droit commun, ainsi que des codifications qu'il avait inspirées, l'ALR. et le Codex Maximilianus, etc... Il excluait en principe la résolution en interdisant au créancier de se délier unilatéralement du lien contractuel pour inexécution du débiteur.

Etant donné que le BGB. a eu comme modèle (1) l'ALR., le choix entre ces deux systèmes n'a pas été difficile. Le BGB. calquant les prescriptions de l'ALR. dans cette matière a écarté d'emblée le système français, et a consacré le système allemand.

(1) Voir *supra*, p.

25. L'art 360 du premier projet de Code disait formellement : « Si une partie contractante n'exécute pas son obligation, l'autre n'est pas autorisée (berechtigt) de ce fait à se dédire (abzugehen) unilatéralement du contrat, s'il n'en est pas décidé autrement, par la loi ou le commun accord ».

Cette disposition est la consécration légale des principes du droit commun.

Comme le montrent les *Motive* (1), cette disposition est analogue à celle du Code Civ. autrichien (art. 919), du Code Civ. saxon (art. 864), du projet de Hesse (art. 137, 146), et du projet de Dresde (art. 151) Elle est en accord avec l'ALR., qui pose une règle identique (art. 393, 394), mais qui la limite par certaines exceptions. Le projet bava- rois (art. 115-138) d'accord avec le droit commun stipule la même règle, mais accorde un vrai droit de résolution, pour le cas de *mora debitoris*.

§ 1^{er}. — Des hypothèses exceptionnelles
où la résolution est consacrée par le BGB.

26. Le principe que la simple inexécution ne justifie pas la résolution est enfreint seulement en certains cas spécialement déterminés.

Le premier cas où la résolution est admise est celui de l'art. 369 (premier projet). Cet article, devenu l'art. 325 du BGB., et que nous aurons l'occasion d'étudier longue- ment (2), permet au créancier d'un contrat synallagmati- que d'opter et de déclarer la résolution, si le débiteur, par une circonstance dont il est responsable, rend impossible la prestation dont il est tenu.

Au premier abord, il semble bizarre de voir les rédac- teurs se donner la peine de permettre la résolution, par un

(1) *Motive*, II, p. 198.

(2) *Infra*, p.

article spécial, là où il semble qu'elle devrait être admise nécessairement ; car là où une prestation est rendue impossible, le contrat ne peut recevoir d'exécution et il est de toute évidence que le créancier n'a autre chose à faire que de résilier le contrat.

Comme il ne peut pas contraindre le débiteur à exécuter (car celui-ci a rendu impossible sa prestation, et *impossibilium nulla est obligatio*) il semble bien que la seule modalité qui reste à sa disposition soit la résolution. La permettre expressément quand elle résulte de la nature même des choses semble peine superflue.

Mais (comme nous le verrons plus loin) (1) le Code, très minutieux dans ses prévisions, a admis pour le créancier, dans le cas où l'exécution du contrat a été rendue impossible par le débiteur, d'autres facultés d'option que la résolution.

Ainsi le créancier pourra exiger les indemnités que le débiteur recevra éventuellement d'un tiers à la place de la prestation rendue impossible. Il aura ensuite le droit de demander des dommages-intérêts pour inexécution. Enfin il pourra recourir à la résolution.

Mais ce cas d'admissibilité de la résolution ne semble pas être en contradiction avec la règle qui interdit la résolution pour inexécution. La résolution accordée à partir du moment où la prestation devient impossible est conciliable avec le principe qui l'exclut, tant que l'exécution en nature demeure possible. Le principe de la force obligatoire du contrat doit s'arrêter devant l'impossibilité d'exécution.

On peut conclure sur ce point en disant que le BGB., consacrant ce cas d'admissibilité de la résolution, n'a en rien renoncé au principe initial. Pour certains cas spécialement déterminés, ainsi qu'à propos de certains contrats, le BGB. avait permis la résolution tout en la considérant comme exceptionnelle.

(1) *Infra*, p.

27. Le projet (1) permet au créancier d'utiliser la résolution, si, des termes du contrat, ou de l'intention des parties, il ressort d'une manière précise que la prestation devait être effectuée à une date certaine ou pendant un délai strictement établi.

La simple exécution à l'échéance convenue autorise le créancier à résilier le contrat (2). C'est une autre exception au principe de l'art. 360. Mais cette exception est en même temps conventionnelle et légale. Elle est conventionnelle parce qu'il doit résulter de l'intention des parties et des termes du contrat que l'exécution à la date fixée a une importance tellement grande qu'une exécution ultérieure serait dépourvue de tout intérêt. Ce sont les opérations à jour fixe que le droit commercial appelle *Fixgeschäfte*. Elle est légale (3) parce que, dans ce cas, le créancier a le droit de résilier le contrat, même s'il n'avait rien stipulé dans ce sens ; c'est-à-dire même s'il ne s'était pas réservé expressément le droit de le faire.

Le principe de l'exécution obligatoire du contrat tant que l'exécution en nature reste possible a dû s'effacer. Là où la date précise de l'exécution était l'élément principal, et peut-être le mobile déterminant de la conclusion du contrat, il eût été inéquitable et contraire à la volonté commune des parties d'obliger le créancier à accepter une exécution tardive. Par exemple celui qui a retenu des autobus pour transporter le public à une certaine fête ne peut pas considérer comme exécution satisfaisante le fait que ces autobus soient mis à sa disposition quelques jours après la fête.

Mais cette exception, si utile et naturelle qu'elle soit, constitue une brèche faite dans le principe de la force obligatoire du contrat, ainsi que dans celui de l'exécution en nature du contrat tant que celle-ci demeure possible.

(1) Motive, II, p. 199.

(2) Art. 361, 1 projet.

(3) Voir *infra* p.

28. Le premier projet admet ensuite une autre exception qui, par son ampleur, est susceptible de détruire définitivement les principes antérieurs.

Les rédacteurs (1) estimèrent qu'entre la forme la plus complète et la plus avancée du principe de la résolution, celle de l'art. 1184 Code Civil français, et l'interdiction de principe de l'art. 395 ALR., une transaction ou une formule intermédiaire était possible. Elle avait été réalisée par le Code de Commerce allemand (2). En l'imitant, le premier projet accorde au créancier d'un contrat synallagmatique le droit de résoudre le contrat (non d'une matière inconditionnelle comme le faisait le Code Civil français), mais dans le cas où le retard du débiteur avait enlevé tout intérêt à l'exécution.

Donc, sous réserve de prouver le lien de cause à effet, entre le retard de l'exécution du débiteur et l'absence d'intérêt du créancier à l'exécution en nature, celui-ci possède le droit de résoudre le contrat.

Les rédacteurs (3) semblent voir dans cette disposition une évolution recommandable du droit allemand vers le droit français. Il est certain que cette disposition ne constitue pas l'équivalent de l'art 1184 du Code Civil français. Mais en même temps elle ne peut pas être considérée comme parfaitement conciliable avec l'interdiction de l'art. 360 du premier projet. C'est une formule intermédiaire, un trait d'union entre les deux. Cette disposition dépasse l'art. 360 du premier projet, car elle permet la résolution, sous certaines réserves, mais elle n'arrive pas à la formule large de l'art. 1184 C. Civ., car elle permet la résolution seulement sous certaines réserves.

Une dernière exception à l'interdiction de la résolution pour simple inexécution est constituée par l'art. 243 devenu

(1) Motive, II, p. 219.

(2) H. G. B., art. 354, 355.

(3) Motive, II, p. 210.

art. 283 du BGB. D'après cet article, en vue de permettre au créancier de résoudre le contrat, on proclame impossibles certaines prestations parfaitement possibles.

SECTION II

LE SECOND PROJET

29. Le deuxième projet apporte au premier quelques modifications de détail, mais en conserve les grandes lignes.

D'abord la deuxième commission supprime l'art. 360 du premier projet, comme allant de soi, et sans qu'il soit besoin d'en faire une mention spéciale (1). Son contenu semblait d'autant plus inutile que la résolution était accordée en plusieurs cas spéciaux.

Tous les cas d'admissibilité de la résolution sont maintenus. Mais une modification très importante est apportée en ce qui concerne la *mora debitoris*. Dans ce cas, en principe, le premier projet permettait au créancier d'exiger l'exécution tardive, ainsi que des dommages-intérêts moratoires. Il lui donnait le droit de déclarer la résolution s'il prouvait qu'à cause du retard la prestation n'avait plus d'intérêt pour lui.

Cette règle rigide semblait conduire à des résultats inéquitables. Ainsi le vendeur était presque dans l'impossibilité de prouver qu'il n'avait pas intérêt au paiement d'une somme d'argent. Alors, pour pouvoir se dégager du lien contractuel, il était obligé de recourir aux formalités multiples et difficiles de l'art. 243. L'inéquité était plus évidente encore quand le procès apparaissait dès le début comme devant n'aboutir à aucun résultat pratique, dans le cas où, par exemple, l'acheteur d'un bien était insolvable.

(1) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Spahn. Bd. I, p. 625 ; NECHITCH, *L'action en résolution dans les contrats*, thèse Paris, 1909, p. 19.

Les Protokolle (1) disent plus : « Une telle réglementation ne correspondait pas à la conscience vivante du peuple, qui était restée étrangère au principe du droit commun selon lequel le retard ne justifie pas la résolution de la part du créancier ». Mais il semble qu'il y ait une affirmation gratuite plutôt qu'une réalité.

Quelques membres de la Commission étaient d'avis qu'il fallait dépasser l'esprit du premier projet et introduire quelque chose d'équivalent à l'art. 1184 Code Civil français. La commission (2) n'a pas adopté ce point de vue, car il lui semblait que les exceptions prévues par le premier projet pour le louage, louage de service et surtout pour les *Fixgeschäfte*, où on prend en considération la simple inexécution, sont des cas spéciaux qui ne peuvent pas être généralisés.

La deuxième commission était d'avis que la proposition d'adopter le point de vue du droit français (art 1184 C. Civ.) allait trop loin, car elle rendait le débiteur responsable d'une inexécution qui peut-être n'avait pas été causée par lui (3). C'est pourquoi le BGB. ne devait pas permettre au créancier de spéculer sur le sort du débiteur. Voulant cependant dépasser l'esprit étroit du premier projet et affranchir le créancier de la preuve trop lourde du défaut d'intérêt du créancier, la deuxième commission s'est tournée vers le Code de Commerce allemand

30. Le système du droit commercial, consacré par les art. 354, 355, 356 HGB., consiste à permettre au créancier de résoudre le contrat, si le débiteur ne s'exécute pas pendant un délai convenable qui lui a été fixé après l'inexécution. La preuve est remplacée par une présomption. Ainsi le créancier pourra procéder à la résolution, sans être obligé de faire la preuve préalable du défaut d'intérêt ; mais ce ne

(1) Protokolle, p. 644.

(2) Protokolle, p. 646.

(3) Protokolle, p. 647.

sera pas la simple inexécution du débiteur qui lui donnera ce droit.

Ce système transactionnel avait déjà obtenu l'approbation de la Bavière, de la Saxe, du pays de Bade, de la Hesse, du Wurtemberg, du Meklemburg, etc. (1). Il est devenu l'art. 326 du BGB.

D'autre part, la commission a été d'accord pour permettre au créancier de résoudre le contrat, même sans établir un terme, s'il réussit à prouver qu'à cause du retard la prestation en nature n'a plus d'intérêt pour lui. Ainsi ce qu'était la règle en matière de retard dans le premier projet est devenu l'exception dans le BGB.

Nous pouvons conclure en disant que les rédacteurs du BGB. sont partis d'un point de vue négatif en ce qui concerne la résolution pour inexécution. S'ils ne sont pas arrivés à la solution complètement positive, on peut tout de même dire que par des brèches successives, ainsi que par de nombreuses exceptions, ils ont enlevé toute raison d'être à ce principe, suivant lequel la simple inexécution ne peut pas justifier la résolution.

Seulement, au lieu de reconnaître résolument la résolution pour inexécution et d'en admettre le principe, ils l'ont reconnu d'une manière timorée, donnant à cette institution un caractère exceptionnel, subsidiaire, et une réglementation concernant certains cas spéciaux.

SECTION III

TEXTE DÉFINITIF DU BGB.

31. Le système de la résolution, tel que le deuxième projet l'avait établi, n'a plus subi de modifications. Il est devenu texte définitif du BGB.

Le principe consacré par l'art. 360 du premier projet,

(1) Protokolle, p. 645.

suivant lequel l'inexécution ne justifie pas la résolution, n'a pas passé dans la rédaction définitive parce que la deuxième commission l'avait supprimé comme allant de soi. La résolution est admise exceptionnellement dans plusieurs hypothèses : ainsi l'art. 369 du premier projet, adopté aussi par le second, devient art. 325 du BGB. qui décide que : « Si la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite d'une circonstance dont elle ait à répondre, l'autre partie peut exiger réparation de dommage pour inexécution ou résilier le contrat. Au cas d'impossibilité partielle, si l'exécution partielle du contrat n'a plus pour elle aucun intérêt, elle a le droit d'exiger réparation du dommage pour inexécution de l'engagement dans sa totalité; dans la mesure de l'art. 280 al. 2, ou de résilier le contrat tout entier. Au lieu de la prétention à réparation de dommage, du droit de résiliation, elle peut également faire valoir les droits établis pour le cas de l'article 323.

Il en est de même au cas de l'article 283, lorsque la prestation jusqu'à expiration du délai n'a pas été exécutée ou qu'à cette époque elle soit partiellement inexécutée » (1).

L'art. 361 du premier projet, adopté aussi par la seconde commission, devient art. 361 du BGB. qui décide que : « Lorsque, dans un contrat synallagmatique, il a été convenu que la prestation de l'une des parties devrait être effectuée exactement à date rigoureusement fixée ou dans les limites d'un délai rigoureusement fixé, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que si la prestation ne s'effectue pas à la date fixée ou dans le délai fixé, l'autre partie doit être autorisée à opérer la résiliation ».

L'art. 243 du premier projet devient l'art. 283 du texte définitif du BGB. Selon cet article : « Lorsque le débiteur a été condamné par un jugement passé en force de chose

(1) Tous les articles cités du BGB. sont pris de la traduction faite par l'Office de législation étrangère et de droit international.

jugée, le créancier peut lui fixer pour effectuer la prestation un délai convenable avec déclaration qu'il rejette toute acceptation de la prestation après expiration du délai. Après expiration du délai, le créancier peut exiger réparation de dommage pour inexécution, dès que la prestation n'a pas été effectuée en temps utile ; la prétention à exécution est exclue. Il n'y a pas lieu à obligation à réparation de dommage, si la prestation est devenue impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur n'a pas à répondre.

Si, jusqu'à ce qu'il y ait expiration du délai, la prestation se trouve en partie seulement n'avoir pas été exécutée, le droit établi par l'art. 280 al. 2 appartient également au créancier. »

Enfin, le deuxième projet s'inspirant du HGB. établit un droit de résolution pour retard d'exécution du débiteur. Cette disposition devient l'art. 326 du BGB. qui décide : « Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties se trouve en demeure par rapport à la prestation qui lui incombe, l'autre partie peut lui fixer, pour effectuer la prestation, un délai convenable avec cette déclaration qu'elle rejette toute acceptation de la prestation après expiration du délai : après expiration du délai, elle a le droit, si la prestation n'a pas eu lieu en temps utile, d'exiger réparation de dommage pour inexécution ou de résilier le contrat ; la prétention à exécution est exclue. Si, jusqu'à l'expiration du délai, la prestation n'est que partiellement inexécutée, la disposition de l'art. 325 al. 1^{er} pr. 2 reçoit application correspondante.

Si, à raison de la demeure, l'exécution du contrat ne présente plus aucun intérêt pour l'autre partie, les droits décrits à l'alinéa 1^{er} lui appartiennent sans qu'il soit besoin de fixer aucun délai. »

L'étude de chacune de ces dispositions sera reprise dans la deuxième partie du second livre.

LIVRE DEUXIEME

LA RÉSOLUTION DANS LE DROIT ALLEMAND CONTEMPORAIN DOMAINE, CAUSES, FONCTIONNEMENT

Notre deuxième livre sera divisé en trois parties.

La première partie sera consacrée au domaine d'application de la résolution. Dans notre deuxième partie nous étudierons les cas d'inexécution justifiant la résolution. La troisième partie sera consacrée au fonctionnement de la résolution.

PREMIERE PARTIE

DU DOMAINE D'APPLICATION
DE LA RÉSOLUTION

Avant de procéder à l'étude de la résolution, il faut en déterminer le champ d'application.

Dans les deux systèmes, français et allemand, ce champ d'application gravite autour de la notion de contrat synallagmatique.

TITRE PREMIER

DE LA NOTION DE CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

32. Dans le Code Civil allemand, le titre II de la seconde section du deuxième livre (1) est entièrement consacré au contrat synallagmatique. Les prescriptions spéciales qu'il contient s'appliquent seulement à ce genre de contrat. D'ailleurs, il s'agit de faits dont on peut dire qu'ils dérivent de la nature même du contrat synallagmatique. Ainsi : l'*exceptio non adimpleti contractus*, l'exécution trait pour trait, la résolution. Les rédacteurs du BGB., parlant de la résolution à l'occasion des contrats synallagmatiques, ont entendu par là délimiter d'une manière précise le champ d'application de la résolution et en faire un moyen d'anéantissement propre au contrat synallagmatique.

SECTION PREMIÈRE

DES THÉORIES

RELATIVES AU CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

LORS DE LA RÉDACTION DU BGB.

33. Mais si le BGB. parle du contrat synallagmatique, il n'en donne aucune définition. Certainement le rôle du législateur n'est pas de donner des définitions. Pourtant,

(1) Art. 320-327 BGB.

c'est nécessaire chaque fois que l'application de certaines règles dépend du sens d'un terme. C'est pourquoi le silence du BGB. et du Code suisse des obligations, quant au sens du mot « synallagmatique » est surprenant. Le Code Civil français, dans son article 1102, a donné une définition du contrat synallagmatique, si imprécise et imparfaite soit-elle (1).

Les Motifs (2) montrent que le silence du BGB. sur ce point est dû à l'abstention volontaire des rédacteurs, qui ont refusé de prendre parti entre les différentes théories expliquant la nature et la structure du contrat synallagmatique. Ils ont laissé ce soin à la doctrine et à la jurisprudence.

Mais, comme le remarque Saleilles (3), le projet devenu plus tard le Code Civil « adopte une solution qui suppose, sinon qu'il a pris carrément parti pour l'une des théories proposées, tout au moins que certaines d'entre elles ont été positivement exclues par lui ».

Une des théories repoussées est celle soutenue par Burns (4) qui considère les deux obligations nées du contrat comme absolument indépendantes.

Nous n'entrerons pas dans les détails de cette controverse. Ces différentes théories avaient de l'importance surtout au point de vue de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Mais, même à ce point de vue, leur importance est plutôt historique, les formules modernes les ayant dépassées.

Voici en quelques mots les autres théories (5) entre lesquelles les rédacteurs du BGB. n'ont pas voulu prendre parti :

(1) HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, thèse Paris, 1937.

(2) Motive, II, p. 200, note 1.

(3) SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du C. civ. allemand*, p. 183.

(4) Holtzendorff's Encycl., I. p. 485.

(5) On en trouve un exposé plus détaillé dans WINDSCHEID, *Pand.*, art. 321, note 1, 2 ; et SALEILLES, *op. cit.*, pp. 183 et suivantes.

1° Celle de Windscheid (1) qui soutient que les deux obligations d'un contrat synallagmatique sont dans un rapport d'équivalence, dans l'intention des parties. Une partie contractante ne peut pas être obligée d'accomplir son obligation, du moment que son équivalent, l'obligation de l'autre, n'est pas accomplie.

2° Celle de Keller (2) reprise par Karlova (3), où les deux obligations se conditionnent et se limitent réciproquement. Chacune est la condition de l'autre et une partie contractante n'est engagée que déduction faite de la contre-prestation qui lui est due.

Toutes ces théories, qui sont aujourd'hui plutôt d'un intérêt historique, ont un même fond commun. Elles sont toutes susceptibles d'expliquer l'exception d'inexécution, l'exécution trait pour trait et la résolution. Basant le contrat synallagmatique sur l'interdépendance des obligations qu'il engendre, toutes ces théories se sont fondues au cours du xx^e siècle en une seule et large théorie.

Si les rédacteurs du BGB. ont laissé le soin à la doctrine et à la jurisprudence de choisir une théorie et de donner une définition du contrat synallagmatique, ils leur en ont fourni tous les éléments. Car, en parlant de l'exception d'inexécution, de l'exécution trait pour trait et de la résolution comme d'institutions propres au contrat synallagmatique, le BGB. a entendu mettre l'accent sur le lien d'interdépendance et sur la connexité qui existe entre les diverses obligations qu'engendre un contrat synallagmatique.

Selon l'avis de Tödter (4), le BGB., en donnant cette définition implicite, n'a fait que consacrer le point de vue dominant dans le droit commun.

(1) *Pand.*, art. 321, note 2.

(2) *Jahrb. des Gem. Rechts*, IV, pp. 337 et suivantes.

(3) *De natura atque. Sinalagmatis*.

(4) HEINRICH TÖDTER, *Die allgemeinen Bestimmungen des BGB. Über den gegens. Verträgen*, p. 7.

SECTION II

DU CRITÈRE DU CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

La doctrine et la jurisprudence ont agi avec habileté, car, aujourd'hui, elles sont d'accord pour affirmer (1) qu'un « contrat est synallagmatique quand il engendre pour les parties contractantes des obligations dépendant les unes des autres génétivement et fonctionnellement » (2).

Pour qu'un contrat puisse être qualifié de synallagmatique il est nécessaire que les obligations qu'il engendre remplissent plusieurs conditions.

D'abord, il faut qu'elles soient unies par un lien de dépendance génétive et fonctionnelle, ensuite elles doivent en conséquence avoir une origine commune contractuelle.

Chacune de ces deux conditions qui, ensemble, déterminent le caractère de connexité des obligations synallagmatiques, sera étudiée séparément.

§ 1^{er}. — De la communauté d'origine

34. La communauté d'origine est une condition essentielle du lien des connexités. Les obligations réciproques doivent avoir leur source dans le même contrat pour qu'on puisse leur attribuer un caractère synallagmatique.

En principe, le seul fait que deux personnes sont, par hasard, simultanément et réciproquement, créancières et débitrices, n'est pas suffisant pour rendre connexes leurs obligations. Les obligations nées entre les mêmes personnes *ex dispari causa* ne peuvent être considérées comme découlant d'un contrat synallagmatique.

(1) STAUDINGER, *Kommentar*, Bd. II, teil I, p. 390 ; STAMMLER, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 85 ; KOLHER, *Lehrb.*, II, § 87 ; HOENIGER, *Gemischte Verträge*, I, p. 168 ; etc.

(2) L'heureuse traduction de ces expressions es due à M. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, thèse Paris, 1914, p. 3.

Mais le droit allemand se montre plus exigeant et plus restrictif à la fois. Par source commune il comprend seulement l'origine contractuelle. Les obligations réciproques doivent avoir leur source nécessairement dans le contrat.

Les art. 320 à 327 du BGB. et la résolution ne sont pas applicables à des obligations même connexes, lorsqu'elles n'ont pas leur source dans le même contrat. Car le droit allemand estime que la communauté d'origine doit avoir sa base dans la volonté des deux parties contractantes. Ainsi il ne prend pas en considération des obligations nées après la conclusion du contrat, du fait du hasard ou d'une décision légale. De même, il refuse de considérer comme ayant une origine commune les obligations qui naissent en vertu de la même cause juridique ; comme, par exemple, les obligations réciproques de restitution nées de l'anéantissement d'un contrat par la résolution, ou par l'annulation.

Une origine commune existe seulement là où l'accord des volontés se réalise en vue des engagements réciproques qui en découlent. Chaque partie s'engage parce que, vis-à-vis de son obligation, il y en a une autre, correspondante, de son co-contractant. Les parties contractantes donnent réciproquement leur consentement parce qu'elles s'engagent réciproquement. L'obligation de chacune conditionne l'obligation de l'autre. Le consentement de s'obliger de chaque partie est déterminé par celui de l'autre. Or, cela n'est possible que si les obligations réciproques prennent naissance au moment où l'accord de volonté se réalise, donc au moment de la conclusion du contrat.

Une obligation qui naît postérieurement à la conclusion du contrat est en dehors du cercle inscrit par l'accord des volontés. Les parties ont contracté sans l'avoir en vue. On ne peut pas dire que le consentement d'une partie à s'engager ait été déterminé par cette obligation, dont l'existence même, au moment de la conclusion du contrat, était incertaine et éventuelle.

Donc, l'origine commune est nécessairement contractuelle et se réfère seulement aux obligations que les parties ont eu en vue au moment de la conclusion du contrat.

35. Le droit allemand a fait de nombreuses applications de cette opinion. D'une manière générale, la doctrine et la jurisprudence allemandes refusent d'appliquer les art. 320-327 aux rapports synallagmatiques autres que contractuels. Ainsi la jurisprudence a refusé d'appliquer l'art. 320 du BGB. à un rapport synallagmatique dont l'origine n'est pas contractuelle. En l'espèce (1) il s'agissait de la restitution des prestations faites dans l'attente de la conclusion du contrat, qui, en définitive n'avait pas été conclu.

Pour les mêmes motifs, le droit allemand refuse d'appliquer les art. 320 à 327 du BGB. aux contrats synallagmatiques imparfaits.

La discussion de savoir si les contrats réels sont des contrats unilatéraux ou synallagmatiques est beaucoup plus vieille que le BGB. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle certains auteurs (2) ont commencé à attaquer le caractère unilatéral de ce genre de contrats. Selon ces auteurs, la notion de contrat réel n'est pas valable pour le droit moderne où tous les contrats sont devenus consensuels (3). L'exécution par une partie de l'obligation contractuelle, la *datio*, ne se fait plus *contrahendi causa* comme en droit romain, mais *solvendi causa*. Par des arguments différents et avec des réserves spéciales de détails, ces auteurs soutiennent que les contrats réels du droit romain doivent être considérés des contrats synallagmatiques dans le droit moderne.

(1) RG. Seuff A 75, n° 68.

(2) BURNS, *Holtzendorffs Encyc*, I. § 56 ; UNGER, *Realcontracte im heutigen Recht*, *Jahr. Dogm.* Bd. 8, p. 1 ; BRINZ, *Kritische Blätter*, pp. 19-34 ; BRINZ, *Pandekten*, I, pp. 370 et s. ; DEMELIUS, *Realkontrakte im heutigen Recht*, *Jahr. Dogm.* Bd 3, p. 399 ; DERNBURG, *Pand.*, II, § 8, n° 3.

(3) UNGER, *op. cit.*, p. 6 ; BRINZ, *Pandekten*, I, pp. 81, 106, 116, etc...

Pour concilier cette opinion avec l'opinion traditionnelle, selon laquelle les contrats réels continuent à être des contrats unilatéraux, certains auteurs (1) se sont aidés de la théorie de l'avant-contrat. Nous n'entrerons pas dans les détails de la controverse qui, grâce à la thèse de M. Etienne Leduc (2), est assez connue en France.

Tout de même il convient de remarquer que la discussion était très animée au moment de la rédaction du BGB. Pourtant, le Code Civil allemand, une fois de plus, s'est abstenu de se prononcer sur la question de savoir si le prêt à intérêt, le commodat et le dépôt sont des contrats réels. En ce qui concerne le gage, le BGB., dans l'art. 1205, s'est prononcé d'une manière expresse pour l'affirmative.

Tout de même la doctrine (3) en général, ainsi que la jurisprudence contemporaine, semblaient fidèles à la tradition romaine. Elles tendent à faire de la tradition de la *res* une condition nécessaire à l'existence de ces contrats et, par là même, en faisant d'eux des contrats unilatéraux, leur refuser l'application des articles 320-327 BGB. Il s'ensuit que le dépôt, le prêt à usage, le prêt à consommation ne sont pas susceptibles de résolution comme n'étant pas des contrats synallagmatiques.

Pourtant il convient d'ajouter que deux séries de considérations viennent modifier, au moins partiellement, ce résultat. D'un côté le BGB. même, pour certains de ces contrats, a prévu une sorte de droit de dénonciation ou de révocation. Ainsi, suivant l'art. 605, « le prêteur à usage peut dénoncer le prêt :

1° lorsque, par suite d'une circonstance non prévue, il a besoin de la chose ;

(1) THÖLL, H. R., II, § 246 ; SCHLOSSMANN, *Ueber den vorvertrag und die rechtliche natur der sogenannten realkontrakte*, Ib. I, Bd 45, p. 1, etc.

(2) E. LEDUC, *Des avants contrats*, thèse Paris, 1909.

(3) Voir STAUDINGER, p. 461 ; LEONHARD, *Vorfrage*, pp. 506 et s. ; PLANK, II, *vorbem III*, 3, etc.,

2° lorsque l'emprunteur à usage fait de la chose un usage contraire au contrat, spécialement abandonne sans permission l'usage à un tiers, ou, par sa négligence dans les soins qui lui incombent, met gravement la chose en danger ;

3° lorsque l'emprunteur à usage vient à décéder. »

En ce qui concerne le prêt à consommation, l'art. 610 du BGB. décide que « quiconque promet de réaliser un prêt de consommation peut, dans le doute, révoquer sa promesse lorsque la situation de fortune de l'autre partie subit une aggravation essentielle mettant en péril la prétention au remboursement ».

Enfin pour le dépôt l'art. 695 dispose que : « le déposant peut réclamer à tout moment la chose déposée, alors même qu'un terme aurait été établi par la garde de la chose ». L'art. 696 décide que : « le dépositaire peut, lorsqu'aucun terme n'a été établi pour la garde de la chose, exiger, en tout temps, la reprise de la chose déposée. Lorsqu'un terme a été établi, il ne peut exiger la reprise anticipée qu'en cas de cause grave ». Ces dispositions peuvent combler dans une certaine mesure l'absence d'un droit de résolution applicable à ce genre de contrats. La doctrine refuse d'appliquer la résolution à des contrats qui engendrent au commencement une seule obligation. Au moment de leurs conclusions on ne peut pas dire qu'on est en face d'un contrat synallagmatique où les obligations des parties sont dans un rapport de dépendance. Au moment de la conclusion il y a une seule obligation, la seconde peut naître, postérieurement et éventuellement.

Mais la jurisprudence a reconnu un large pouvoir d'initiative aux parties qui peuvent modifier le caractère imparfait de ces contrats pour les rendre synallagmatiques. Ainsi le contrat de prêt à consommation, qui, normalement et dans le sens de l'art. 607, est unilatéral, a été considéré

par le Reichsgericht (1) comme synallagmatique, si l'emprunteur a promis une sûreté pour garantir le remboursement. La Cour Suprême (2) a jugé également qu'un contrat unilatéral comme la reprise de caution (Bürgschaftsübernahme) peut être stipulé comme partie constituant d'un contrat synallagmatique : l'autre obligation consistant dans la livraison des marchandises à crédit. La jurisprudence (3) a reconnu que, pour conclure un contrat synallagmatique, il n'est pas nécessaire de le couler dans le moule précis d'un type.

Toujours d'une manière sommaire nous devons ajouter que le droit allemand moderne (4) refuse de considérer comme contrat synallagmatique la donation avec charge. Les auteurs (5) estiment que la différence consiste dans le fait que la dépendance des obligations est bilatérale dans les contrats synallagmatiques et unilatérale dans la donation où seulement la charge est dépendante de la donation. D'ailleurs, il faut remarquer qu'au point de vue de la résolution cette différence ne présente aucun intérêt. Le BGB., tout en évitant de prendre parti sur la question de savoir si la donation avec charge est un contrat synallagmatique ou non, a établi en faveur du donateur un vrai droit de résolution. En effet, l'art. 527 décide que : « Lorsque l'accomplissement de la charge n'a pas eu lieu, le donateur peut réclamer la restitution de ce qui a été donné sous les conditions préalables établies pour la résiliation en matière de contrats synallagmatiques conformément aux

(1) R. G. in L. Z. 1912 Sp. 386 ; dans le même sens O. L. G. in Recht 1912, n° 3337 ; R. G. Recht, 1907, n° 1418 ; Gruchots B., Bd. 53, p. 841.

(2) R. G. Z. Bd. 66, p. 426 ; Bd. 65, p. 46.

(3) Bay. O. L. G. in Recht 1911, n° 3436 ; O. L. G. Stuttgart in Recht 1912, n° 3337.

(4) F. HEYMANN, *Die Schenkung unter einer Auflage*, p. 130 ; STAUDINGER, Bd II, Teil 2, p. 392.

(5) SOERGEL, Bd. II, p. 95 ; STAUDINGER, *loc. cit.*, SCHOLLMAYER, p. 55 ; etc....

dispositions concernant la restitution au cas d'enrichissement sans cause et dans la mesure où ce qui a été donné aurait dû nécessairement être employé à l'accomplissement de la charge ». En réalité par cette disposition le BGB. concède au donateur un vrai droit de résolution pour inexécution de charge.

Enfin, un dernier exemple du fait que les art. 320-327 sont applicables aux seuls rapports synallagmatiques ayant une origine contractuelle commune est fait par le BGB. en matière de l'exception pour inexécution. Le droit allemand estime qu'on ne peut pas faire valoir l'exception d'inexécution pour des rapports autres que ceux synallagmatiques ayant une origine contractuelle communé.

D'ailleurs le fait de ne pas appliquer l'exception d'inexécution aux rapports synallagmatiques extra-contractuels ne conduit pas à des résultats iniques.

En droit allemand, ainsi qu'en ancien droit français (1), on a pu se passer de cette règle en la remplaçant par des institutions équivalentes, telles que le droit de rétention.

L'exception d'inexécution (art. 320 à 322 du BGB.) n'est applicable qu'aux contrats synallagmatiques parfaits. Ces contrats sont les seuls où les obligations réciproques se trouvent dans un rapport voulu de dépendance. Pour toutes les autres obligations réciproques ayant leur source dans des contrats synallagmatiques imparfaits, ainsi que dans des rapports synallagmatiques extra-contractuels, on doit appliquer le droit de rétention prévu par l'art. 273 du BGB. qui dispose comme suit :

« Si, en vertu du même rapport juridique, qui sert de fondement à son obligation, le débiteur a contre le créancier une prétention qui soit échue, il peut, à moins que d'après le rapport d'obligations il doive en être autrement, refuser la prestation due, jusqu'à ce que la prestation lui revenant ait été effectuée (droit de rétention).

(1) CASSIN, thèse citée, pp. 94 et s.

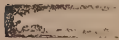
Pareil droit appartient à quiconque est obligé à la délivrance d'un objet, lorsqu'il peut faire valoir une prétention actuellement échue, à raison de dépenses faites pour cet objet ou à raison d'un dommage que ce dernier lui ait causé, à moins qu'il ait acquis l'objet par suite d'un fait illicite réalisé intentionnellement.

Le créancier peut écarter l'exercice du droit de rétention par une prestation de sûreté. La prestation de sûreté qui consisterait en une caution est exclue. »

Il en résulte que le droit allemand (1) distingue les obligations synallagmatiques parfaites ayant leur source dans le contrat, auxquelles est applicable l'exception d'inexécution, de tous les autres rapports synallagmatiques contractuels et surtout extra-contractuels auxquels est applicable le droit de rétention.

D'ailleurs l'intérêt de cette distinction est secondaire. Il réside seulement dans la possibilité d'écarter le droit de restitution en fournissant une garantie (art. 273, alin. 3), possibilité qui n'existe pas pour l'exception d'inexécution.

De même, on s'accorde d'une manière générale (2), en droit allemand, pour refuser d'appliquer la résolution aux rapports synallagmatiques extra-contractuels. Les obligations qui en découlent ne remplissent pas la condition relative à l'origine contractuelle commune. Le meilleur exemple nous en est fourni par le rapport synallagmatique de restitution des prestations, d'un contrat résolu, rapport qui n'est pas susceptible de résolution (3).



(1) DERNBURG, *Bürg. Recht*, II, art. 91 ; PLANCK, p. 135 ; CROME, *Syst. Bürg. Recht.*, II, art. 168 ; ENECCERUS, *Lehrbuch des Bürg. Recht.*, II, art. 133 ; LEONHARD, *Allg. Schuldrecht*, I, p. 337 ; STAUDINGER, p. 461 ; OERTMANN, p. 183 ; CASSIN, th. cit., p. 489 ; Nerva ELEKES, *Le droit de rétention d'après la Jurisprudence française et allemande*, thèse, Paris, 1929 et BRACQ, *Droit de rétention en droit allemand*, thèse, Paris, 1907.

(2) STAUDINGER, pp. 482-486 ; ainsi que tous les auteurs cités plus haut.

(3) Voir *infra*, p.

36. L'origine commune doit être nécessairement contractuelle. Donc, pour l'apprécier, il faut se placer au moment de la formation du contrat. On prend en considération seulement les obligations en vue desquelles les parties s'engagent au moment de la conclusion du contrat. Ces obligations doivent prendre naissance, sinon immédiatement, en tout cas avec certitude. Les obligations qui, lors de la conclusion du contrat, n'ont pas été prises en considération par les parties, et dont l'existence même apparaissait en ce moment éventuelle et incertaine, ne peuvent pas être considérées comme ayant une source commune.

La conception allemande est restrictive. Pourtant, elle est en plein accord avec la majorité de la doctrine moderne française (1) qui critique la notion de contrat synallagmatique imparfait et qui estime qu'il faut se placer au moment de la conclusion du contrat pour apprécier son caractère synallagmatique.

En effet, l'opinion extensive qui soutient qu'à ce critère on doit préférer « le critérium qui donne le caractère synallagmatique à tout contrat producteur de deux obligations réciproques, quelle que soit la nature de celles-ci » (2), ne nous semble pas juste.

Le contrat où la dépendance des obligations n'est pas naturelle et certaine, mais accidentelle et éventuelle, ne peut pas être synallagmatique.

Il convient aussi de remarquer que, dans cette hypothèse, l'interdépendance ne résulte pas de la volonté des parties, mais de la force de la loi. Donc, ce n'est pas le contrat qui est producteur des obligations réciproques, mais la loi.

Le contrat est une institution qui repose sur la volonté des parties. La dépendance est contractuelle seulement quand elle est le fruit de la volonté des deux parties

(1) LAURENT, XV, n° 345 ; BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, I, n° 11 ; PLANIOL, RIPERT et CASSIN, VI, n° 35 ; JOSSERAND, II, n° 25 ; CAPITANT, II, p. 15 ; LEPELTIER, thèse citée, p. 153 ; *Contra*: HOUIN, th. cit.

(2) HOUIN, thèse citée, p. 210.

contractantes. L'interdépendance qui résulte d'une décision de la loi est légale et non contractuelle. Dans cette hypothèse on a affaire à un rapport synallagmatique qui n'est pas assimilable à un contrat synallagmatique.

§ 2. — De l'interdépendance des obligations
dérivant d'un contrat synallagmatique

37. Les obligations contractuelles, pour être connexes, doivent remplir une deuxième condition : l'interdépendance. L'engagement d'une partie trouve son correspondant dans l'engagement de l'autre. Les obligations des parties sont corrélatives ; chacune des parties s'oblige à exécuter parce que l'autre partie en fait autant.

L'analyse de la volonté des parties nous permet de constater que chaque partie contractante entend lier l'existence et l'exécution de son obligation à l'existence et à l'exécution de l'obligation de l'autre partie. Le lien étroit d'interdépendance est manifeste. Dans l'intention des parties, ainsi que dans leur existence et exécution réciproques, les obligations sont continuellement en équilibre. La naissance de l'une implique la naissance de l'autre. L'exécution de l'une rend nécessaire l'exécution de l'autre. Et l'inexécution temporaire ou définitive de l'une permet corrélativement l'inexécution temporaire ou définitive de l'autre.

Cet équilibre des prestations réciproques, qui implique leur étroite dépendance, est en même temps le fondement et la raison d'être du contrat synallagmatique. Il en est le fondement, parce que le contrat synallagmatique implique nécessairement des prestations connexes dans un rapport d'équilibre. Il en est la raison d'être, sans quoi les parties n'auraient pas étroitement lié leurs obligations.

Mais il est impossible de savoir si l'interdépendance des obligations réciproques est plutôt le fondement que la raison d'être du contrat synallagmatique. Nous préférons

dire que l'équilibre interdépendant des obligations synallagmatiques est l'un et l'autre à la fois.

L'interdépendance (ou l'étroite liaison des obligations réciproques) constitue le sens même du contrat synallagmatique. Chaque atteinte portée au rapport interdépendant d'équilibre, au moment de sa naissance, pendant son existence ou au cours de son exécution, met en danger l'existence du contrat même.

Le droit allemand serrant de plus près la notion de dépendance exige qu'elle soit à la fois génétive et fonctionnelle.

38. La dépendance génétive se réfère à la naissance des obligations. L'obligation d'une partie naît en simultanéité avec celle de l'autre partie ; elle ne peut exister sans celle-ci. Car, dans un rapport de droit synallagmatique, l'obligation d'une partie ne peut exister que si l'obligation correspondante de l'autre partie existe elle aussi. Donc, les obligations se conditionnent réciproquement dans leur naissance.

Une des conséquences de cette dépendance génétive c'est que, « si l'une des obligations n'est pas valable pour cause d'impossibilité, il en est de même pour l'autre obligation et pour tout le contrat » (1).

C'est pourquoi un contrat basé sur des prestations dont l'une serait impossible est nul. Cette conséquence est expressément posée dans l'article 306 du BGB. selon lequel « un contrat qui a en vue une prestation impossible est nul ».

39. Par dépendance fonctionnelle nous entendons que les obligations naissant d'un contrat synallagmatique sont connexes dans leur exécution. Les diverses obligations naissant d'un tel rapport forment un tout indissoluble qui doit être exécuté dans son intégrité.

Cette dépendance explique le droit pour l'une des par-

(1) STAUDINGER, p. 457.

ties de refuser sa prestation tant que l'autre partie n'exécute pas la sienne. C'est la consécration expresse, et non seulement sous-entendue comme en droit civil français, du principe général de l'*exception d'inexécution* par les art. 320 et suivants du Code Civil allemand. La dépendance fonctionnelle explique aussi le droit d'une des parties de faire usage de la résolution pour cause d'inexécution de l'autre. Enfin, la dépendance fonctionnelle explique pourquoi l'exécution des prestations dérivant d'un contrat synallagmatique doit se faire trait pour trait (*Zug um Zug*).

40. En doctrine, on se demandait ce que signifiait cette formule. Certains auteurs (1) sont d'avis qu'elle désigne la simultanéité d'exécution. La simultanéité d'exécution implique réciprocité d'échange et unité du lieu et du temps d'exécution (2).

D'autres soutiennent que cette expression veut dire qu'une prestation doit être effectuée sous condition de la réception (préalable, simultanée ou ultérieure) d'une contre-prestation.

Donc, dans la pensée de ces auteurs, cette formule signifie le lien de connexité qui unit les diverses prestations dérivant d'un contrat synallagmatique.

Théorie de Keutner (3). Cet auteur soutient que l'expression « *Zug um Zug* » veut dire trait pour trait et pas du tout « avec ou pendant ». Cela veut dire qu'on échange les prestations l'une contre l'autre. On donne une prestation « pour recevoir la contre-prestation et non en même temps que la contre-prestation ».

D'ailleurs, la simultanéité n'est pas concevable pour tous les contrats synallagmatiques. Car, si elle se concilie très

(1) FÖRSTER ECCIUS, *loc. cit.*, paragraphe 83, notes 7 et 8 ; SALEILLES, *op. cit.*, p. 185.

(2) Voir surtout OERTMANN, *Leistungen Zug um Zug* (Beitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1905, p. 109, par. 7.

(3) *Die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge in BGB.*, p. 31.

bien avec les contrats à exécution instantanée, avec la vente par exemple, elle est inconcevable pour d'autres, comme la location où l'une des prestations se réalise de façon continue pendant un certain laps de temps. Pourtant, personne ne doute que la location ne soit un contrat synallagmatique, où les prestations doivent être effectuées « Zug um Zug ». Mais, plus encore, le BGB. même apporte une restriction à la première interprétation car, dans l'article 321, il parle de « celui qui, en vertu d'un contrat synallagmatique, est obligé d'exécuter le premier ».

D'autres auteurs modernes, comme Staudinger (1), affirment clairement que « le débiteur ne peut être obligé d'exécuter qu'en échange de la prestation du créancier. C'est le cas, non seulement des obligations dérivant d'un contrat synallagmatique, mais aussi de toutes les obligations qui doivent être effectuées « Zug um Zug ».

Donc, par cette formule, on comprend la connexité, la stricte dépendance qui unit les obligations. La connexité peut avoir aussi comme conséquence la simultanéité, mais ce n'est pas nécessaire.

SECTION III

DES ÉLÉMENTS SECONDAIRES QUI NE DÉTERMINENT PAS LE CARACTÈRE SYNALLAGMATIQUE D'UN CONTRAT

§ 1^{er}. — De l'équivalence des prestations

41. Les auteurs n'ont pas manqué de se demander si la prestation ne doit pas présenter une certaine valeur par rapport à la contre-prestation. Pour mieux marquer le caractère onéreux du contrat synallagmatique, ils ont affirmé que les deux prestations doivent être d'une valeur équivalente. C'est la fameuse « Equivalenztheorie ». Seule-

(1) STAUDINGER, *loc. cit.*

ment, quand ils ont voulu toucher de plus près à la notion d'équivalence et en déterminer le contenu, les difficultés ont commencé à surgir et les divergences à se faire jour. Car, dans quel sens devait-on parler des prestations égales en valeur ?

En premier lieu, on pourrait penser à leur valeur d'échange, donc à leur valeur économique (1). Selon cette interprétation, les prestations doivent avoir une valeur matérielle égale. Mais il semble impossible de subordonner la validité d'un contrat synallagmatique à l'équivalence objective de valeur des prestations qu'il engendre. Parfois les parties même l'ignorent, faisant entrer en ligne de compte les éléments subjectifs, psychologiques ou personnels qui ne sont pas susceptibles d'avoir une valeur économique.

Exiger une équivalence objective des prestations pour la validité d'un contrat synallagmatique, c'est, comme le dit bien Oertmann (2), se montrer plus exigeant que Dioclétien même qui, en sa qualité de « père de l'édit des prix », pour annuler un acte, avait demandé, non seulement une simple inobservation de l'équivalence des prix établis par lui, mais encore une *laesio enormis*. C'est pour cela que, même quand elle peut être déterminée, les auteurs (3) refusent de voir, dans l'équivalence objective de la valeur des prestations, une condition supplémentaire pour l'existence des contrats synallagmatiques. Tenant compte de ces critiques, d'autres auteurs ont tourné la théorie de l'équivalence en lui attribuant un fondement psychologique.

42. Dans la théorie subjective, par équivalence on n'entend plus l'égalité économique des prestations, mais l'égalité d'estimation qu'en font les parties.

(1) Voir des réminiscences de la théorie objective chez BECKMANN, *Kauf*, I, pp. 216-490.

(2) OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, p. 47.

(3) HAYMANN, *Die Schenkung unter einer Auflage*, p. 14 ; HAYMANN,

Si chaque partie considère l'objet reçu égal en valeur à l'objet fourni par lui, la loi de l'équivalence est satisfaite. L'équivalence prend ici une forme subjective, personnelle. Celle-ci réside dans l'idée d'identité ou d'égalité que chaque partie se fait au moment de la conclusion du contrat. Donc, les parties contractantes peuvent considérer comme équivalents des objets dont la valeur économique est inégale.

Ainsi, Lenel (1) remarque que, malgré la règle en vertu de laquelle on échange des objets d'une valeur matérielle égale, on peut très bien concevoir des échanges entre objets d'une valeur économique inégale.

Cette nouvelle forme de la théorie de l'équivalence qui est soutenue par plusieurs auteurs (2), résiste mieux aux critiques qu'on a adressées à la théorie objective.

Il serait intéressant de rapprocher la théorie allemande de l'équivalence de la notion « d'équivalence voulue des prestations » reconnue par M. Maury (3) comme étant la cause des obligations. Tandis que, dans la première, l'équivalence constitue le mobile psychologique qui a déterminé les parties à contracter mais qui n'est pas pris en considération du point de vue juridique, dans la seconde, l'équivalence voulue des prestations constitue la cause même de l'obligation. Et comme telle on peut en tirer toutes les conséquences que la loi a attachées à la notion de cause. On peut tout de même se demander si M. Maury, en affirmant « qu'il n'y a d'équivalent juridiquement efficace que

Zur Gränzenziehung zwischen Schenkung und eigentlichen Geschäfte Ih. I., Bd., 56, p. 86 ; KOSACK, *Anfechtungsrecht*, pp. 134 et suivantes.

(1) *Die Lehre von der Voraussetzung*, Arch. Ziv. Prax., Bd. 74, pp. 212-239 ; *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, Arch. Ziv. Prax., Bd. 79, pp. 49-107.

(2) KOSACK, *Anfechtungsrecht*, p. 26 ; KUNTZE, *Obligationen*, art. 89 ; BEKKER, *Pandekten*, II, p. 180 ; SAVIGNY, *System*, Bd IV, p. 103.

(3) MAURY, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, 1920, pp. 30-32.

l'équivalent économique, c'est-à-dire pécuniairement appréciable », n'encourt pas les mêmes critiques que celles adressées à la théorie de l'équivalence objective allemande.

43. Certains auteurs, en analysant les éléments psychologiques qui déterminent les parties à contracter, ont élaboré la théorie de la plus-value. Rudolph von Ihering, son brillant auteur, affirme (1) que le motif déterminant « est la conviction des deux parties que ce qu'elle va obtenir a plus de valeur que ce qu'elle donne, chacune cherchant non seulement à gagner mais étant persuadée qu'elle gagnera. Sans cette prévision, même si elle ne se réalise pas d'une manière objective, aucun échange n'existerait plus. Une contre-prestation, qui n'est pour une des parties rien d'autre qu'un équivalent égal en valeur à la prestation, n'a pas psychologiquement la force d'effectuer un changement dans l'état existant ; pour cela, une plus-value (plus valentes) est nécessaire, non au sens objectif, mais au sens subjectif, les deux parties étant persuadées de gagner ».

Ainsi, Ihering réussit à intégrer dans la doctrine qu'il professe cette idée que l'intention égoïste des deux parties forme la base du commerce juridique (*Geschäftsfuss*). La clarté de ce passage nous dispense de toutes précisions.

D'ailleurs, le volume entier consacré au but que l'intérêt individuel poursuit d'une manière égoïste, semble être une application juridique de l'idée de matérialisme historique (2).

La même opinion est partagée par Böhm-Bawerck (3) comme le prouve le passage suivant. Cet auteur estime « qu'un échange est économiquement possible seulement entre personnes qui estiment les choses et leur prix d'une

(1) *Der Zweck im Recht*, I, p. 121.

(2) La première édition parut en 1877 ; donc, 10 ans après le *Capital* de Karl Marx.

(3) *Kapital und Kapitalzins*, Abt. II, p. 204.

manière différente et même d'une manière contraire. Celui qui désire acheter doit estimer la chose plus que celui qui désire la vendre. Si l'intérêt de l'échange et le gain provenant de l'échange sont plus grands, la différence dans l'estimation est aussi plus grande... car, s'il n'y a aucune différence et si l'estimation de leur valeur est égale, un échange est économiquement impossible ».

Parmi les auteurs modernes qui partagent la même opinion, on doit citer Krahmer (1) et Lammformm (2) qui va jusqu'à affirmer que l'équivalence réelle des valeurs contredirait le but même de l'économie privée.

44. A tous les partisans de la théorie de la plus-value on pourrait reprocher de donner un caractère trop spéculatif à ce genre de contrats. Car tous les contrats ne sont pas inspirés par l'appât du gain. Il y a des contrats synallagmatiques conclus dans un but altruiste. Ainsi, Haymann donne l'exemple de l'acquisition d'un travail manuel confié à une personne pauvre sans qu'on en ait absolument besoin. Ensuite, le besoin de la chose achetée peut expliquer l'achat en dehors de l'idée de gain. Le degré d'utilité de l'objet acquis et non sa valeur matérielle peut être un élément déterminant de l'échange.

Toutes ces théories n'ont qu'un intérêt historique. Du point de vue juridique elles sont inutiles, car, non seulement elles ne réussissent pas à apporter de la clarté, mais elles posent le problème sur un plan où des précisions sont à peu près impossibles à donner. La théorie de l'équivalence et de la plus-value sont des essais tentés pour expliquer le motif qui a déterminé une personne à conclure un contrat.

Elles constituent l'analyse des éléments psychologiques qui sont étrangers au domaine du droit. Car, si, de ces éléments, on faisait des éléments juridiques propres aux

(1) *Gegenseitige Verträge*, p. 208.

(2) *Teilung*, p. 61.

contrats synallagmatiques, on aboutirait à des résultats inconcevables. Ainsi on devrait permettre à une partie contractante d'annuler ou de réduire un acte juridique en invoquant l'erreur ou la lésion par rapport à la plus-value espérée, si elle peut prouver que dans l'échange effectué elle a visé une plus-value qu'elle n'a pas obtenue.

Heymann (1) estime que les conséquences de cette théorie ne sont pas claires. Elles ne le sont pas, peut-être précisément parce que leurs auteurs, épouvantés par les conséquences (qui logiquement ne peuvent pas être autres que celles qu'on vient de tirer) ont préféré ne pas être clairs.

C'est pourquoi, en ce qui concerne la doctrine, on peut conclure avec Oertmann (2) et avec Haymann (3) en disant : « La volonté est toujours importante pour la notion de contrat synallagmatique... Le motif qui lie cette volonté est sans importance ». Car c'est la liaison de la prestation à la contre-prestation, et non le motif de cette liaison qui constitue la caractéristique du contrat synallagmatique.

La jurisprudence aussi est établie dans ce sens. La Cour Suprême a fixé sa position dans un important arrêt rendu en 1912. Dans l'espèce (4) il s'agissait d'une décision de la Cour d'Appel refusant à une partie contractante le droit de résolution parce qu'on ne peut considérer comme synallagmatique le contrat où la prestation et la contre-prestation n'ont pas une valeur équivalente. L'obligation du demandeur de renoncer à demander en justice la partie devant lui revenir après la vente d'une société formée avec le défendeur, ne pouvait, d'après la Cour d'Appel, être considérée comme l'équivalent de la contre-prestation du défendeur, qui aurait à lui payer par annuités une somme d'argent fixée d'après le bilan. La Cour Suprême a admis la résolution, estimant que d'après la conception de contrat

(1) HEYMANN, *op. cit.*, p. 17.

(2) OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte*, 1912, p. 50.

(3) HEYMANN, *op. cit.*, p. 21.

(4) RG in LZ, 1912, p. 555.

synallagmatique adopté par le Code Civil allemand, il n'est pas nécessaire que les prestations des deux parties soient égales quant à leur valeur objective (1).

§ 2. — De la réciprocité des prestations

45. Nous avons employé les expressions d'interdépendance, de connexité, d'étroite liaison, mais avons intentionnellement écarté celle de réciprocité.

Cette expression pourrait donner à entendre que les obligations forment un contrat synallagmatique seulement quand les parties contractantes sont créancières et débitrices à la fois. Le lien de dépendance serait alors un lien croisé. Un tel lien de dépendance impliquerait nécessairement que l'échange se fasse entre les mêmes personnes ; chaque partie serait en même temps créancière et débitrice de l'autre.

Dans cette hypothèse, la condition de réciprocité ne soulève aucune difficulté. Mais il semble qu'on ne doive pas faire de l'échange croisé, de la réciprocité, une condition supplémentaire que la dépendance des obligations devrait remplir. Car, dans tous les rapports juridiques qui mettent trois personnes en cause, l'échange des prestations ne se réalise pas entre les personnes contractantes.

Dans la stipulation pour autrui, par exemple, la prestation du stipulant, quoiqu'étroitement liée à celle du promettant, ne s'échange pas pourtant contre celle-ci. Dans cette hypothèse, il est matériellement impossible que ces deux obligations soient réciproques. La même absence de réciprocité se rencontre dans les rapports du stipulant et du tiers bénéficiaire, ainsi que dans celui du promettant et du tiers bénéficiaire (2).

(1) Dans le même sens RGZ, Bd 81, p. 365 ; RG in LZ, 1912, Sp. 387.

(2) BAUDRY et BARDE, I, n° 159 ; PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 365 ; DEMOGUE, VII, n° 799 ; HOUIN, thèse citée, p. 133.

Pourtant personne ne doute que la stipulation pour autrui ne constitue pour le stipulant et pour le promettant un contrat qui, étant donné l'étroite interdépendance des obligations, soit à considérer comme synallagmatique. Le stipulant a le droit d'agir en exécution contre le promettant (1). Il peut également demander la résolution pour inexécution du contrat (2).

Le même raisonnement est valable pour le cas d'une donation avec charges. Dans toutes ces hypothèses, il n'y a pas véritable réciprocité des obligations (3). Les parties contractantes ne sont pas réciproquement créancières et débitrices les unes des autres. Les prestations ne sont pas dans un lien croisé de dépendance ; l'échange des prestations ne s'effectue pas entre les mêmes personnes.

46. Sont synallagmatiques les contrats où la connexité des prestations existe, même sans qu'elle conduise à un échange économique de prestations entre les parties contractantes. La prestation et la contre-prestation s'échangent entre elles, mais il n'est pas nécessaire que ce soit entre les mêmes personnes. D'ailleurs, la grande majorité de la doctrine allemande (4) et la jurisprudence partagent ce point de vue.

Ainsi (5) a été considéré comme synallagmatique le contrat par lequel le défendeur s'était engagé envers le demandeur à garantir la dette d'un tiers seulement à condition que le demandeur accordât un moratoire à ce tiers. « L'obligation du demandeur par rapport au tiers et celle du défendeur en faveur du demandeur sont dans le rapport de prestation à contre-prestation. »

(1) PLANIOL, RIPERT et ESMEIN, VI, n° 364 ; DEMOGUE, VII, n° 784 ; JOSSERAND, II, n° 318 ; HOUIN, th. cit., p. 133.

(2) BAUDRY et BARDE, I, n° 174 ; DEMOGUE, VII, n° 786 ; HOUIN, th. cit., p. 134 ; CAPITANT, *Cause*, p. 132.

(3) HOUIN, th. citée, p. 134.

(4) PLANCK-SIEBER, p. 355.

(5) RGZ, Bđ. 65, pp. 46 à 48,

Dans un autre arrêt, l'analyse du contrat synallagmatique est encore plus claire. Le Reichsgericht (1) précise sa pensée en disant qu'il est « nécessaire et conforme à la notion de contrat synallagmatique que la prestation et la contre-prestation restent l'une vis-à-vis de l'autre dans un rapport de dépendance. Au contraire, il n'est pas nécessaire que la contre-prestation soit faite à celui qui est obligé à la prestation et inversement. L'objet de l'obligation de l'une ou de l'autre partie peut être la prestation faite à un tiers. Un contrat de vente ne porte pas atteinte au caractère spécifique des contrats synallagmatiques du fait que la propriété de la chose achetée doit être transférée non à l'acheteur mais à un tiers... »

47. D'ailleurs, c'est seulement de cette manière que l'on peut expliquer pourquoi les prévisions établies pour les contrats synallagmatiques sont applicables aussi aux contrats de sociétés.

Justement en se basant sur le fait qu'ici les parties contractantes n'échangent pas les prestations entre elles, certains auteurs (2) ont contesté le caractère synallagmatique de ce genre de contrat. Cette opinion était d'autant plus soutenable que les Motifs (3) laissent explicitement à la doctrine et à la jurisprudence le soin de décider si les dispositions relatives aux contrats synallagmatiques sont applicables aux contrats de sociétés.

Dans ce dernier contrat, chaque membre de la société prend l'engagement, vis-à-vis des autres co-sociétaires, de mettre quelque chose en commun. Et étant donné que les auteurs précités considéraient la réciprocité de l'échange de prestations comme un critérium infailible du contrat synallagmatique, ils en concluaient que le contrat de société n'est pas un contrat de ce genre.

(1) RG in Warn Rsp., 1917, n° 269, p. 429.

(2) KUNTZE, *Die Obligation und die Singularsuccession*, p. 38.

(3) Motive, II, pp. 598 à 600.

Mais les parties peuvent lier dans un rapport de mutuelle dépendance leurs prestations et les attribuer à un tiers, au même tiers (la future société) sans porter atteinte par là au caractère synallagmatique du contrat qu'elles ont conclu. L'échange des prestations n'y existe pas (toutes revenant au même tiers) mais le contrat est pourtant synallagmatique car on est en présence d'une dépendance génétive et fonctionnelle qui unit les prestations et qui, seule constitue le critérium de distinction des contrats synallagmatiques.

D'après Paul Knoke (1) et d'autres auteurs (2), cette dépendance explique le fait que l'obligation d'un associé ne peut naître que si celle des autres naissent aussi. Si la déclaration de volonté d'une partie, au moment de la conclusion du contrat est sans effet juridique, il n'y a aucune obligation pour les autres parties. Elles peuvent déclarer pourtant qu'elles se considèrent liées ; mais alors nous avons affaire à un nouveau contrat. « Cette même dépendance explique pourquoi le contrat de société entier est nul si l'obligation d'une partie est nulle. » Dans un contrat de société, on peut faire valoir l'exception d'inexécution et on peut lui appliquer toutes les dispositions du contrat synallagmatique relatives à l'impossibilité, au retard (et parmi elles la résolution) (3).

La doctrine est soutenue par une jurisprudence constante. Ainsi la Cour Suprême (4) a affirmé ce qui suit : « Sans aucun doute, le contrat de société est un contrat synallagmatique dans le sens de l'art. 320, et on ne doit pas contester que, pour les droits et les obligations résultant

(1) Paul KNOKE, *Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB.*

(2) KISCH, *op. cit.*, p. 3 ; KRAHMER, *op. cit.*, p. 80 ; HOENIGER, *op. cit.*, p. 246, etc...

(3) Paul KNOKE, *op. cit.*, pp. 42-49 ; IOHANNES HAASE, *Inwieweit finden die Vorschriften für die Synallag. Verträgen auf der Gesellschaft anwendung*, pp. 39-46.

(4) RGZ, Bd. 78, p. 303.

directement du contrat de société entre des associés, les art. 320 et suivants sont applicables ».

Le Reichsgericht s'exprime d'une manière aussi claire à propos d'une autre espèce (1) : « Le contrat de société est synallagmatique et on doit appliquer, dans les rapports qui existent entre les associés, les art. 320 et suivants. Mais l'application de ces articles ne doit pas être absolue et illimitée. Dans la mesure où, par des articles spéciaux, il en a été disposé autrement, comme par exemple en matière de société par les art. 723 et suivants, ces articles ne sont plus applicables » (2).

Donc la doctrine et la jurisprudence considèrent le contrat de société comme un contrat synallagmatique, quoique la prestation ne s'échange pas contre l'équivalent, la contre-prestation. Par là même, ce contrat rentre dans la sphère de ceux qui sont susceptibles de résolution.

48. Donc on peut résumer la question en disant que la doctrine et la jurisprudence allemandes considèrent comme synallagmatique le contrat engendrant des obligations qui soient dans un rapport de mutuelle dépendance, sans égard à leur rapport de valeur objective ou au fait que l'échange se produise entre les mêmes personnes.

Cette dépendance doit résulter de la nature du contrat ou de la volonté des parties.

En insistant sur la notion de contrat synallagmatique, nous avons implicitement délimité le champ d'application de la résolution. Car c'est seulement quand on a affaire à un contrat synallagmatique qu'on peut avoir recours à la résolution.

Le droit allemand fait ressortir le caractère synallagmatique du lien de dépendance unissant les diverses obliga-

(1) RG in LZ, 1912, Sp. 387.

(2) RGZ, Bd. 76, p. 276 ; Bd. 81, p. 303 ; Bd. 112, p. 283 ; RG in Warn Rsp, 1917, n° 289.

tions nées du même contrat, il repousse par là implicitement les théories restrictives basées sur la nature du contrat (1) et laisse une large initiative à la volonté des parties.

(1) HOUIN, thèse citée, p. 106 ; SAVIGNY, *Droit des Obligations*, trad. GÉRARDIN, 1862, II, p. 147.

DEUXIEME PARTIE

DES CAS D'INEXÉCUTION JUSTIFIANT LA RÉOLUTION

Le droit allemand a assigné à la force obligatoire du contrat une portée à peu près absolue. Le but du contrat réside dans son exécution, dans l'échange des prestations promises. Tant que l'exécution est possible, ou plutôt tant qu'elle n'est pas devenue impossible, on ne saurait agir en résolution pour aller à l'encontre de ce but.

Héritier direct du droit germanique et du droit romain, le droit allemand moderne n'a pas su dépasser les données restrictives de ceux-ci en matière de résolution. Comme en droit romain, en droit allemand contemporain on est frappé dès l'abord de l'absence d'un principe général faisant échec à la force obligatoire du contrat dans certains cas et admettant la résolution pour inexécution. On chercherait en vain dans le BGB. une disposition posant le principe général de la résolution « pour le cas où une partie ne satisfera point à son engagement ». De même que le droit romain, le droit allemand ne connaît pas ce principe dans la matière des contrats synallagmatiques. Comme lui il en connaît quelques cas d'application partielle. Mais tandis qu'en droit romain la résolution dépendait du genre du contrat, en droit allemand elle dépend du genre de l'inexécution.

A la formule large de l'art. 1184 du Code Civil Fr., qui permet la résolution pour inexécution, le Code Civil allemand a substitué un nombre limité de cas dans lesquels il y a possibilité de résolution. En effet, dans la pensée du législateur allemand toute inexécution n'est pas susceptible de justifier la résolution. Dans notre exposé sur les travaux préparatoires nous avons dessiné la courbe de l'évolution. Adoptant une solution négative, les rédacteurs, par des brèches successives, ont fini par consacrer certains cas exceptionnels dans lesquels la résolution est admise.

Cette réglementation du BGB. va nous obliger à étudier spécialement chaque cas, car nous ne pouvons pas faire l'étude d'un principe général là où il fait défaut.

Nous consacrerons les premiers trois titres de cette deuxième partie à l'étude des inexécutions justifiant la résolution, ainsi que de ses conditions générales d'application. Dans le quatrième titre nous étudierons les autres conditions nécessaires à l'exercice de la résolution.

TITRE PREMIER

**DE LA RÉOLUTION POUR IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION
DE LA PART DU DÉBITEUR**

CHAPITRE PREMIER

**DE LA RÉOLUTION
POUR IMPOSSIBILITÉ FAUTIVE D'EXÉCUTION
DE LA PART DU DÉBITEUR (ART. 325 BGB.)**

49. Mettant l'accent sur la force obligatoire du contrat, les rédacteurs du BGB. ont considéré que l'exécution en nature, but du contrat, doit être poursuivie tant qu'elle demeure possible. Ils ont donc refusé au créancier le droit de résoudre le contrat pour simple inexécution du débiteur. Ce principe initial, qui n'a pas passé d'une manière expresse dans la rédaction définitive, domine pourtant tout le système légal allemand de la résolution.

Dans certains cas exceptionnels, conciliables avec le principe de la force obligatoire du contrat, les rédacteurs ont admis la résolution pour inexécution.

Ainsi on a commencé par accorder au créancier le droit de résoudre le contrat pour l'exécution provenant du fait

du débiteur qui avait rendu impossible la prestation dont il était tenu. Dans cette hypothèse, la résolution ne fait pas échec au principe qui ne l'admet pas, tant que l'exécution en nature demeure possible. La résolution est en ce cas un pis-aller. Il y a donc une grande différence avec le système français, où le droit de résolution s'ouvre quand une des parties ne satisfait pas à ses engagements. Tandis qu'en droit français toute inexécution (d'une obligation dérivant d'un contrat synallagmatique) peut justifier la résolution, en droit allemand seules certaines inexécutions peuvent la fonder. Le droit allemand recherche la cause de l'inexécution. Il admet la résolution d'abord dans l'hypothèse où l'inexécution provient du fait que la prestation a été rendue impossible par la faute du débiteur.

L'art. 325 du BGB. décide que : « si la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite d'une circonstance dont elle ait à répondre, l'autre partie peut exiger réparation de dommage pour inexécution, ou résilier le contrat ».

50. Si on avait admis la résolution dans cette seule hypothèse, le BGB. aurait consacré un point de vue très restrictif. *A contrario* le Code Civil allemand aurait exclu la résolution, toutes les fois que l'inexécution provenait d'une cause différente de celle indiquée dans l'art. 325.

Le créancier d'une obligation inexécutée ne pouvait agir en résolution tant que l'exécution en nature était encore possible. Chaque fois que l'inexécution à l'échéance provenait de la négligence, *culpa*, de la mauvaise volonté, ou dol du débiteur, le créancier était obligé de se contenter d'une exécution tardive avec réparation du dommage résultant du retard.

On permettait au créancier d'agir en résolution seulement dans l'hypothèse où l'inexécution revêtait la forme la plus grave, celle où elle était définitive et dans laquelle

la prestation du débiteur était rendue impossible par une circonstance dont il était responsable.

51. Le système était peut-être logique, on y admettait la résolution seulement quand l'exécution en nature n'était plus possible, mais il s'avérait inefficace. Il était contraire aux besoins de la pratique et défavorable aux intérêts du créancier qui étaient sacrifiés à un principe abstrait. On peut concevoir en effet que le créancier ait intérêt à résoudre le contrat, même si l'exécution en reste possible.

L'inexécution peut justifier une action en résolution même si elle provient d'une autre cause que l'impossibilité fautive d'exécution de la part du débiteur. On ne voit pas pourquoi le créancier n'aurait pas intérêt à introduire une action en résolution alors que l'inexécution provient de la négligence, de la faute, de la mauvaise foi, ou d'ol du débiteur, même si l'exécution tardive est encore possible.

Ce qui intéresse le créancier, ce n'est pas l'exécution du contrat comprise d'une manière abstraite et indépendante du lieu et de la date convenus. Tout au contraire, ce que le créancier vise c'est l'exécution envisagée dans son propre intérêt, c'est-à-dire à l'échéance, au lieu et dans la forme convenus.

Dès lors, si, du point de vue des intérêts du créancier, l'inexécution ne peut être réparée par une exécution tardive, l'action en résolution devrait être justifiée même si l'inexécution laisse subsister entièrement la possibilité d'exécution en nature.

C'est pourquoi le système du BGB., qui pour accorder la résolution exige que l'exécution du contrat ne soit plus possible, est faux, restrictif et ne donne pas satisfaction au créancier. En se cantonnant dans un point de vue objectif et abstrait, le BGB. perd de vue l'intérêt subjectif du créancier.

Enfin le système (1) aboutit à une impasse toutes les fois que le débiteur, sans rendre impossible sa prestation, s'obstine à ne pas exécuter. Pour sortir de cette impasse les rédacteurs ont inséré dans le BGB. (à côté des art. 325 et 283) l'art. 326. D'après cet article le créancier peut résoudre le contrat, après l'expiration d'un délai qu'il a fixé au débiteur après l'échéance. C'est la deuxième forme d'inexécution pouvant, d'après le droit allemand, justifier le droit de résolution (2) pour le créancier. Le champ d'application de la résolution est sensiblement élargi. Des formalités multiples et compliquées sont pour le créancier la rançon de l'avantage qui lui est ainsi accordé (3).

Mais ces deux formes ne sont pas les seules que l'inexécution peut revêtir.

Entre la formule large du droit français où la résolution est possible pour toute inexécution, et celle du système légal allemand où seulement certaines formes d'inexécution sont prises en considération, il y a une certaine différence. La formule française est large dans sa généralité et simple dans son point de départ (l'inexécution). Celle du système légal allemand est restreinte à certains cas limités. Elle est plus compliquée parce qu'elle prend comme point de départ pour admettre la résolution, non l'inexécution, mais les causes ou les formes de celle-ci. Les tribunaux ont aperçu ces défauts du système légal allemand et ils ont tâché d'y remédier (4).

(1) NECHITCH, *L'action en résolution dans les contrats*, thèse Paris, 1909, p. 49.

(2) Nous allons nous en occuper dans le deuxième titre de la présente partie ; Voir *infra*, p.

(3) Voir *infra*, p.

(4) Voir *infra*, p.

SECTION PREMIÈRE

LA NOTION D'IMPOSSIBILITÉ RÉELLE

§ 1^{er}. — Caractères généraux de l'impossibilité

52. Parmi les obstacles qui empêchent l'exécution normale d'un contrat on doit citer d'abord l'impossibilité. Celle-ci peut provenir du fait d'une des parties contractantes ou d'une cause étrangère à la volonté des parties (force majeure). L'absence de réglementation de la notion d'impossibilité dans le BGB. a laissé la porte ouverte à toutes les interprétations, occasionnant une littérature juridique extrêmement touffue. Les nombreux ouvrages sur ce sujet en témoignent (1).

En droit allemand, on entend par impossibilité l'obstacle de fait ou de droit qui s'oppose à l'exécution d'une obligation.

Ce problème englobe une série de théories distinctes et des hypothèses différentes. La doctrine, pour distinguer les diverses sortes d'impossibilité, a procédé à une classification.

Eu égard aux causes génératrices, l'impossibilité peut être : a) de fait, ou b) de droit. Si l'on envisage le rapport de l'impossibilité avec le contenu de l'obligation, elle peut être : a) totale, b) partielle. Quant au moment où elle se produit, l'impossibilité peut être : a) originaire (existant au moment du contrat), b) postérieure à la conclusion de celui-ci. D'après ses rapports avec la personne de l'obligé, l'impossibilité peut être : a) objective, b) subjective ; ou

(1) TITZE, *Unmöglichkeit* ; W. KISCH, *Die Wirkungen der nachträglichen eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB für das Deutsche Reich*, Iena, 1900 ; Feodor KLEINERDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB für das Deutsche Reich*, Iena, 1900 ; Frederich MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, Bd. I, *Unmöglichkeit der Leistung*, etc...

a) causée par une circonstance dont le débiteur doit répondre, b) ou par une circonstance qui ne lui est pas imputable.

Le « concept de l'impossibilité est entièrement relatif » (1). « L'impossibilité partielle peut être considérée comme absolue si les parties n'avaient contracté qu'en vue d'une exécution intégrale » (2).

Le BGB. parle de l'impossibilité (Unmöglichkeit) et de l'incapacité (Unvermögen), mais il n'en donne aucune définition. Des Motifs (3) il résulte qu'il a voulu consacrer le droit existant. Kleinedamm (4) affirme que le droit existant était profondément imprégné des principes du droit romain. L'impossibilité objective et subjective n'est autre chose que la consécration de ce que le droit romain appelait *impedimentum naturale et facultas*.

De l'expression même employée par le BGB., il résulte que la personne du débiteur ne joue un rôle que dans l'hypothèse de l'incapacité. L'impossibilité objective l'est *erga omnes* et trouve sa cause dans l'objet même. L'impossibilité subjective ou incapacité (Unvermögen) provient seulement du débiteur. Il est personnellement dans l'incapacité de fournir l'objet de l'obligation qu'il est d'ailleurs possible de fournir ou qu'une autre personne peut fournir.

53. La distinction entre l'impossibilité provenant d'une circonstance dont les parties n'ont pas à répondre et l'impossibilité provenant d'une circonstance dont une des parties est responsable pose la question des risques et celle de l'imputabilité.

Le BGB. évite d'employer le termes de cas fortuit, de force majeure ou la faute des parties. Pour désigner l'impossibilité d'exécuter provoquée par cas fortuit ou faute des parties, le BGB. emploie les formules suivantes :

(1) NECHITCH, *L'action en résolution dans les contrats*, p. 48.

(2) NECHITCH, *th. cit.*, p. 48.

(3) Motive, Bâ. 11, pp. 44-45.

(4) F. KLEINEDAMM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, pp. 3-10.

impossibilité « survenue par suite d'une circonstance dont ni l'une ni l'autre partie n'a à répondre » (art. 323) et impossibilité survenue « par suite d'une circonstance dont elle (la partie contractante) a à répondre » (art. 325).

On chercherait en vain une définition de ces notions ; le BGB. n'en donne pas. Ce sont des notions qui ont une valeur d'opposition et dont le contenu est déterminé *per a contrario*. Le BGB. énumère les faits et les actes dont le débiteur est responsable. Tout fait ou acte qui n'est pas compris dans cette énumération constitue un acte dont le débiteur n'est pas responsable. En d'autres termes, le BGB. « n'avait pas à définir le fait non imputable au débiteur, car il commence là où finit la faute (1) ».

54. Au moment de la rédaction du Code Civil allemand, il a été tenu compte des critiques adressées par la doctrine à la notion de cas fortuit telle que le droit commun la représentait (2).

On lui reprochait d'accorder au critère de distinction une généralité et une objectivité exagérées (3). Étaient considérés comme fortuits les événements imprévisibles et inévitables. Or, remarque Kisch (4), il n'y a pas d'événement qui ne soit prévisible. Et puis pour décider si un événement est fortuit on doit considérer, non seulement son existence objective, mais surtout son existence relativement à l'obligé et à l'obligation.

Le fait que le même acte constitue en même temps le cas fortuit et la *culpa*, selon qu'on l'examine du point de vue du créancier ou du débiteur, constitue une des preuves que la notion de cas fortuit est relative. En effet, l'art. 324 BGB. décide que « si la prestation incombant à

(1) SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand*, p. 21.

(2) RÜMELIN, *Der Zufall im Recht*, 1896.

(3) KISCH, *op. cit.*, p. 36.

(4) KISCH, *op. cit.*, *loc. cit.*

l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite d'une circonstance dont l'autre partie aurait à répondre, la prétention à la contre-prestation subsiste ». Le BGB. veut dire qu'une partie contractante, Primus, dont la prestation a été rendue impossible par son co-contractant, Secundus, est libérée de son obligation. Pourtant Secundus, qui a rendu impossible l'exécution de l'obligation de l'autre, reste tenu d'exécuter la sienne. Donc, le même fait a force libératoire pour une partie et non pour l'autre.

Tenant compte de ces reproches le BGB. se garde, non seulement de donner des définitions, mais aussi d'utiliser les termes de *cas fortuit* et de *fauté*. Il parle simplement des circonstances dont on a, ou dont on n'a pas à répondre.

Sous un certain angle le système allemand est préférable. En tout cas la formule a son intérêt. Elle évite de parler du cas fortuit. Celui-ci suppose un événement étranger à la volonté du débiteur. Or, la formule de la loi dégage le débiteur de toute responsabilité, même si les actes lui sont imputables, toutes les fois que d'après la loi, ou les clauses du contrat, on doit l'en exonérer (1).

« A l'inverse, on appliquera les règles de l'impossibilité fautive même à des cas où l'impossibilité résultera d'un cas fortuit, si le débiteur a pris à sa charge les cas fortuits » (2).

De cette manière on évite de confondre le cas fortuit avec l'irresponsabilité du débiteur et *vice-versa*.

§ 2. — De la notion de responsabilité

55. Pour définir les sources de la responsabilité, ainsi que les faits susceptibles de la mettre en œuvre, le BGB. a adopté le système de l'énumération (3) après une série de

(1) SALEILLES, *op. cit.*, p. 21 ; BRINZ, *Pand.*, II, p. 323 ; LOEY, *Unmöglichkeit der Leistung*, Berlin, 1885, p. 12 ; NECHITCH, *th. cit.*, p. 55.

(2) NECHITCH, *th. cit.*, p. 55.

(3) Art. 276 et suivants BGB.

discussions, revirements et décisions, au sein des différentes commissions chargées de la rédaction du BGB. (1).

Les faits, qui par leurs conséquences dommageables peuvent entraîner la responsabilité de ceux qui les ont provoqués, sont : le dol (fait intentionnel) et la négligence.

Le BGB. ne donne aucune définition du fait intentionnel. D'après les Motive (2) c'est la volonté d'accomplir un acte qu'on sait être contraire au droit.

Pour déterminer le contenu de la notion de fait intentionnel deux théories sont en faveur : a) *La théorie de la représentation*, « *Vorstellungstheorie* » ; elle soutient que la simple connaissance des circonstances dont on est responsable est suffisante pour fonder l'intention. Liszt (3) en est le principal défenseur.

b) *La théorie de la volonté*, « *Willenstheorie* », qui considère que l'intention consiste dans la volonté de nuire. La brièveté de ce chapitre nous empêche d'entrer dans les détails.

La négligence constitue un autre élément qui, par ses conséquences dommageables, entraîne la responsabilité. Par négligence le BGB. entend « l'absence de soins exigés en affaires » (4).

Pour se rendre compte si une personne a manqué ou non à la diligence exigée en affaires, on ne compare plus son activité à celle du type abstrait du « *bonus pater familias* ». On compare le soin donné à la diligence et à l'attention qu'exige la sécurité des affaires (5).

La notion de négligence est relative et varie d'après chaque genre de contrat et d'après ses clauses. Ainsi, si on a

(1) Le lecteur français peut trouver l'indication chronologique des systèmes adoptés et repoussés par ces commissions dans *L'Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand*, pp. 418 et s. (SALEILLES).

(2) MOTIVE, 11, p. 31.

(3) LISZT, *Delictobligationen*.

(4) Art. 276 BGB.

(5) STAUDINGER, p. 265.

affaire à un commerce d'objets dangereux, l'attention imposée au débiteur est plus grande. Le fait d'ignorer une chose qu'on devait savoir constitue une négligence. Enfin « le débiteur doit répondre de la faute de son représentant légal et de celle des personnes dont il se sert pour l'exécution de son engagement, dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle » (1).

Tel sont les éléments qui peuvent entraîner la responsabilité en droit allemand. D'ailleurs, dans bien des cas, la responsabilité est aggravée ou atténuée (art. 701, 833, etc.).

56. Au premier abord on est étonné de voir que les éléments qui peuvent entraîner la responsabilité dans ce domaine sont ceux qui mettent en œuvre la responsabilité d'ordre général. Il est certain que dans le cadre du contrat les causes génératrices de responsabilité peuvent être déterminées de façon plus précise. D'une manière générale, la source de responsabilité du débiteur dans le domaine contractuel est l'inexécution. Toute inexécution, sauf celle provoquée par la force majeure, doit être à la charge du débiteur et engager sa responsabilité. Il est certain que toute inexécution qui n'est pas provoquée par la force majeure est imputable au débiteur. Et cela sans se préoccuper de savoir si elle a été causée par son dol ou par sa négligence.

L'existence des art. 1147, 1148 du Code Civil, qui instituent une responsabilité contractuelle à côté de la responsabilité délictuelle, simplifie beaucoup le problème en droit français. Ainsi dans la responsabilité contractuelle la faute prend une forme spéciale ; elle devient inexécution. En décidant que le débiteur est responsable de toute inexécution sauf de celle qui provient du cas fortuit, le Code Civil a épargné au droit français les discussions interminables, les divergences et les difficultés qui ont fait douter de la

(1) Art. 278 BGB,

valeur du système allemand dans cette matière. Le BGB. ne possède pas un article équivalent de l'art. 1147 C. Civ. Fr. posant le principe général de la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution. Fidèle à sa méthode, le BGB. a voulu prévoir et réglementer spécialement chaque forme distincte d'inexécution. Ainsi il décide dans l'art. 280 que : « dès que la prestation devient impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur ait à répondre, le débiteur est tenu vis-à-vis du créancier à réparer le dommage résultant de l'inexécution ».

Envisageant une autre hypothèse, le BGB. décide dans l'art. 286 que : « le débiteur est tenu vis-à-vis du créancier à réparer le dommage résultant de la demeure ».

Pourtant il est certain que par la réglementation de ces deux hypothèses le BGB. n'a pas épuisé toutes les formes que l'inexécution peut revêtir. La réglementation partielle et incomplète du BGB. n'a fait qu'embrouiller davantage le système qui par lui-même n'était déjà pas trop clair. Il aurait mieux valu laisser cette matière de côté, car de toute façon on aurait pu alors recourir aux principes concernant la responsabilité en général. La réglementation partielle de la responsabilité contractuelle par le BGB. a conduit à des lacunes inévitables. La jurisprudence s'est trouvée très vite en face d'hypothèses qui ne pouvaient pas être résolues à l'aide des deux articles précités. C'était le cas toutes les fois que le débiteur refusait d'exécuter ou, par mauvaise foi ou négligence, n'exécutait pas une obligation qui pourtant était susceptible d'être exécutée. C'est ce qui se produisait encore chaque fois que le débiteur exécutait, mais d'une manière entachée de vices, ou en exécutant causait un préjudice au créancier.

Dans toutes ces hypothèses le système du BGB. ne pouvait pas donner satisfaction. Pour remédier à la lacune de la loi, la jurisprudence (1) a dû élaborer un principe géné-

(1) Voir *infra*, p.

ral de responsabilité contractuelle. L'absence d'un principe général, tant en matière de responsabilité contractuelle qu'en matière de résolution, constitue une des caractéristiques lourde de conséquences du droit allemand. Nous aurons l'occasion de les signaler à plusieurs reprises (1).

SECTION II

DE L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION AU DÉBITEUR ET DE SES CONSÉQUENCES

§ 1^{er}. — Admission de la résolution
dans l'hypothèse où le débiteur est responsable de l'inexécution

57. L'inexécution de l'obligation contractuelle peut provenir de causes différentes. L'impossibilité d'exécution peut être le fait du débiteur. Dans cette hypothèse l'inexécution qui lui est imputable engage la responsabilité. Mais l'inexécution peut provenir aussi d'un fait qui ne lui est pas imputable. C'est le cas de l'impossibilité d'exécution né de la force majeure, de la faute du créancier, du fait d'un tiers, ou de toute autre circonstance dont le débiteur n'est pas responsable. Il est certain que dans ces hypothèses différentes les solutions juridiques doivent être différentes aussi.

Dans la première situation on doit admettre la résolution du contrat ; dans la seconde on doit admettre l'extinction de plein droit du contrat. Dans la première hypothèse il est certain que le débiteur qui a rendu impossible la prestation contractuelle qu'il devrait effectuer ne peut plus être tenu de l'exécuter : *impossibilium nulla est obligatio*. Mais cela ne signifie pas qu'il est libéré ; car l'obligation contractuelle rendue impossible se trouve remplacée par celle de répondre de ce fait. Le créancier peut tirer toutes les conséquences de cette responsabilité du débiteur.

(1) Voir *infra*, p.

La situation est différente dans l'hypothèse où l'un des contractants se trouve par suite d'un cas fortuit, ou de force majeure, dans l'impossibilité d'exécuter son obligation. En principe cette partie se trouve libérée, mais la connexité des obligations nées d'un contrat synallagmatique est telle qu'on ne saurait, sans violer l'intention des parties, obliger le créancier à exécuter son obligation, alors que le débiteur libéré n'exécutera pas l'obligation corrélative. C'est pourquoi la libération du débiteur doit avoir pour conséquence la libération corrélative du créancier. La question qui se pose est celle des risques.

Les conséquences variées que les différents genres d'inexécutions peuvent produire justifient l'intérêt spécial qu'il y a à établir d'une façon précise l'imputabilité de l'inexécution. Sur cette question, il y a divergence entre le système français et le système allemand, sinon dans le fond au moins dans la forme.

58. Il semble que le droit romain ait distingué d'une manière précise la question de la résolution pour inexécution fautive du débiteur de la question des risques. Le droit romain (1) admettait la résolution seulement dans l'hypothèse où l'inexécution provenait de la faute du débiteur. Dans ce sens on peut invoquer le témoignage de Scaevola (2) ; selon lui la *lex commissoria* joue seulement dans le cas où le prix n'est pas payé à l'échéance, par la faute du débiteur (*si per emptorem factum sit quominus legi pareretur*). Le même auteur estime que la déchéance n'est pas encourue si l'inexécution est due au cas fortuit ou à la force majeure (3). Enfin un rescrit de Dioclétien et Maximilien donne la même solution pour les contrats innommés (4).

(1) PLANIOI, Note, D. 91.1.329.

(2) Scaevola, Fr. 6, pr. Dig. *De lege commissoria*, liv. 18, tit. 3.

(3) *Ibid.*, Fr. 8.

(4) L. 10. Code : *De conditione ob causam datorum*, Liv. 4, Tit. 6.

59. La même distinction était faite par l'ancien droit français. D'ailleurs elle était facilitée du fait que la résolution avait dans le droit canonique un caractère de sanction. La résolution était prononcée contre le débiteur comme peine à raison de l'inexécution provenant de son fait. Or, on ne pouvait pas prononcer la même peine dans l'hypothèse où le débiteur n'était pas responsable de l'inexécution due à la force majeure. Les anciens auteurs, comme Domat par exemple, faisaient nettement cette distinction (1).

Pourtant la jurisprudence, en désaccord sur ce point avec la majorité de la doctrine, applique indistinctement l'art. 1184 C. Civ. Fr. aux inexécutions dues à la faute du débiteur ou à la force majeure. Vu le petit nombre des textes du Code qui ont réglé expressément, mais partiellement la question de l'incidence des risques dans les contrats, les tribunaux se sont préoccupés de trouver dans un texte général le moyen d'étendre à tous les cas non prévus les solutions équitables que le Code avait consacrées seulement pour certaines hypothèses. Et « soucieuse d'assurer une base légale à ces décisions, la jurisprudence n'a pas hésité à appliquer l'art. 1184 à l'inexécution due à un cas fortuit ou de force majeure » (2).

D'une manière ferme et constante, la jurisprudence (3) a appliqué cet article qui ne fait aucune distinction entre l'inexécution imputable au débiteur et celle qui provient de la force majeure. Certains auteurs approuvent cette

(1) CASSIN, *Résolution judiciaire dans les contrats*, p. 78.

(2) LEPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, thèse, p. 187.

(3) Req., 30 avril 1878, S. 79.1.200 ; Civ., 14 avril 1891, D. 91.1.329 ; Civ., 4 juin 1907, D. 1908.1.281, note Planiol ; Civ., 5 mai 1920, D. 1926.1.37, S. I. 1921.1.298, etc.

interprétation extensive (1). Mais la majorité de la doctrine se refuse à l'accepter (2).

Sans entrer dans les détails on peut affirmer qu'en général les solutions consacrées par la jurisprudence du cas où l'inexécution provient de la force majeure ne sont qu'une extension des solutions fournies par l'art. 1722 du Code Civil en matière de perte fortuite de la chose louée. Lorsque l'impossibilité fortuite d'exécution est totale et définitive pour un des contractants, l'extinction de l'obligation de l'autre va de soi ; elle a lieu de plein droit. Lorsque l'impossibilité est seulement partielle, les tribunaux se réservent un large pouvoir d'appréciation, soit pour prononcer la résolution totale ou partielle, soit pour la refuser. Les tribunaux rendent des décisions qui s'adaptent avec souplesse aux circonstances et ont surtout en vue les fins du contrat (3).

Mais si dans la forme la jurisprudence française ne distingue pas l'inexécution provenant de la faute du débiteur de celle qui provient du cas fortuit, et si elle applique indistinctement l'art. 1184 C. Civ., il n'en est pas moins vrai que pratiquement elle opère cette distinction (4).

Tout d'abord, si un jugement intervient lorsque l'inexécution est causée par la force majeure, il ne fait que constater la résolution. Le juge qui constate la dissolution du contrat ne peut ni accorder un délai, ni refuser la résolution pour quelque motif que ce soit. Au contraire, lorsque l'inexécution provient du fait du débiteur les tribunaux créent la résolution qu'ils prononcent.

(1) DEMOLOMBE, XXV, n° 497 ; HUC, VII, n° 270 ; AUBRY et RAU, IV, p. 127.

(2) BAUDRY-LACANTINIERE et BARDE, II, n° 1914 ; PLANIOL, RIPERT et ESMAN, VI, n° 413.

(3) SALEILLES, *Oblig.*, n° 194 ; CAPITANT, *Cause*, n° 139 ; JOSSERAND, II, n° 380 ; CASSIN, *Résolution judiciaire dans les contrats*, n° 79.

(4) CASSIN, *Cours doctorat*, 1934-1935, pp. 356 et s. ; LEPETIER, *th. cit.*, pp. 182 et s.

En second lieu, si au cas d'inexécution fautive la résolution ne peut être invoquée que par le créancier de l'obligation inexécutée, au contraire, en cas d'inexécution fortuite les deux parties peuvent demander la résolution (1).

Enfin, vu l'absence de faute, l'allocation de dommages-intérêts ne se conçoit pas en cas d'inexécution fortuite.

Au fond, la jurisprudence fait tout de même la distinction que l'application de l'art. 1184 du Code Civil français faite indistinctement dans les deux hypothèses—risque de ne pas laisser entrevoir.

60. L'art. 325 du BGB. décide que « si la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite d'une circonstance dont elle ait à répondre, l'autre partie peut exiger réparation de dommage pour inexécution ou résilier le contrat ».

La précision dont le BGB. fait preuve a évité au droit allemand la controverse (2) qui, comme nous l'avons vu, divise actuellement encore la jurisprudence et la majorité de la doctrine française.

Spécifiant que seule l'impossibilité d'exécution dont le débiteur est responsable autorise le créancier à résoudre le contrat, le BGB. distingue d'une manière précise la résolution de la théorie des risques (3). Opérant cette distinction conformément au droit romain et à la logique, le BGB. fait preuve de supériorité sur le Code Civil français au moins dans la forme. La résolution suppose une inexécution dont le débiteur soit responsable, tandis que l'inexécution fortuite entraîne l'application de la théorie des risques (4).

Si l'inexécution est imputable au débiteur, soit parce

(1) Paris, 29 nov. 1916, G. P. 1916, p. 382.

(2) LEPELTIER, *th. cit.*, pp. 183 et s.

(3) NECHITCH, *th. cit.*, p. 41.

(4) NECHITCH, *th. cit.*, p. 69.

qu'il rend l'exécution impossible (art. 325), soit parce qu'il refuse d'exécuter pendant le délai convenable assigné par le créancier (art. 326), celui-ci a le droit d'agir en résolution. Le BGB. refuse d'accorder au créancier ce même droit de résolution alors que l'inexécution provient du cas fortuit. Le droit allemand a consacré à la question des risques un article spécial, car c'est une question distincte.

§ 2. — Application de la théorie de risques
dans l'hypothèse où l'inexécution du débiteur
provient de la force majeure

61. Le débiteur dont la prestation est devenue impossible par force majeure ne peut plus être tenu d'effectuer cette prestation. Il est libéré de son obligation car « *Impossibilium nulla est obligatio* ».

Le BGB., dans l'art. 275, se référant spécialement aux obligations unilatérales, édicte que « le débiteur se trouve libéré de l'obligation d'effectuer la prestation, dès que celle-ci devient impossible par suite d'une circonstance survenue depuis la naissance du rapport d'obligation et dont le débiteur n'a pas à répondre ».

Le Code Civil Fr. possède un article qui donne une solution analogue. En effet, l'art. 1302 C. Civ. Fr. décide que, « lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure ». Sauf la différence due au fait que le Code Civil français mentionne seulement la disparition d'un corps certain, la solution est voisine de celle du droit allemand.

62. Mais ce qui nous intéresse, ce n'est pas, à proprement parler, la libération du débiteur comme suite de l'impossibilité d'exécuter survenue par force majeure. La

solution fournie par les deux Codes est naturelle. Elle est la consécration légale d'une règle de bon sens, à savoir que personne ne peut être tenu d'exécuter une obligation impossible.

Ce qui nous intéresse spécialement, c'est la mesure dans laquelle l'inexécution de la part du débiteur a pour conséquence de libérer le créancier de sa propre obligation née d'un contrat synallagmatique. Etant donné que nous sommes dans un contrat synallagmatique la libération du débiteur ne peut pas se produire sans exercer d'influence sur la contre-prestation due par le créancier (1).

Si le créancier est tenu d'exécuter son obligation bien qu'il ne puisse recevoir la prestation (devenue impossible) du débiteur, ce sera donc lui qui supportera les risques. Si au contraire la libération du débiteur entraîne nécessairement la libération du créancier, ce sera le débiteur qui supportera les risques dus à la force majeure.

Le BGB., d'une manière générale, a tranché ce problème différemment du Code Civil français qui donne des solutions particulières dans plusieurs hypothèses spéciales (2).

L'art. 323 BGB. stipule que : « Si la prestation incombant à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est devenue impossible par suite d'une circonstance dont ni l'une ni l'autre partie n'ait à répondre, cette partie perd sa prétention à la contre-prestation ».

63. Le BGB. n'a pas innové. Les rédacteurs, en insérant ledit article, ont continué à suivre la ligne tracée par le droit commun ou par les codifications antérieures.

La même disposition était contenue dans le Code prussien (art. 364), dans le Code saxon (art. 866, 1013, 1091). Le Code prussien, source du BGB. en cette matière, dispose

(1) NECHITCH, th. cit., p. 57.

(2) Art. 1138, 1882, 1583 C. civ. fr. pour les contrats translatifs de propriété ; art. 1722, 1741, 1788, 1790, 1867, pour les autres.

dans l'art. 364 : « si l'impossibilité d'exécuter le contrat conclu est née de la force majeure..., le contrat est considéré comme suspendu... » (so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen).

La différence de rédaction doit être retenue. L'ALR. mentionne la suppression (mise à néant) du contrat comme première et principale conséquence de l'impossibilité fortuite d'exécuter. Dans la même hypothèse, le BGB. parle de la perte par le débiteur de son droit à la contre-prestation. L'ALR. refuse l'exécution parce que le contrat est éteint de plein droit. Les termes du BGB. laissent l'impression que le contrat continue d'exister, mais que son exécution est paralysée par une exception. Le résultat pratique est le même. Les voies juridiques qui y mènent sont différentes. En se fondant sur les termes du BGB. la majorité de la doctrine (1) soutient l'opinion que l'art. 323 BGB. n'aboutit pas à l'extinction du contrat. Chaque fois que la force majeure ne rend pas impossible la prestation dans son entier, le contrat subsiste jusqu'à concurrence de la partie de la prestation demeurée possible. Enfin, ces auteurs, dans le devoir du débiteur de faire connaître au créancier le cas de force majeure qui rend impossible sa prestation, voient une preuve que le rapport d'obligation n'est pas éteint.

Supposons que la force majeure rende impossible dans sa totalité une prestation dérivant d'un contrat synallagmatique. La partie contractante qui devrait l'effectuer se trouve libérée (art. 275 BGB.). D'un autre côté elle ne pourra pas exiger la contre-prestation (art. 323). Il semble curieux de soutenir que le contrat subsiste. Il est difficile en effet d'admettre qu'un contrat sans objet puisse continuer d'exister. L'autre argument invoqué par les auteurs n'a pas grande valeur. La doctrine (2) et la jurisprudence

(1) STAUDINGER, p. 487 ; TITZE, *Unmöglichkeit*, p. 101 ; PLANCK-SIEBER, p. 144 ; KRESS, p. 409 ; OERTMANN, p. 190, etc.

(2) Voir *supra*, p.

ont reconnu que l'obligation d'aviser du cas de force majeure pèse sur le débiteur. En l'absence de tout texte, ils ont fait dériver cette obligation du principe général de bonne foi. L'existence de l'obligation de notifier ne peut pas prouver celle du contrat, puisqu'elle a sa source en dehors de lui.

Pourtant l'impossibilité fortuite n'entraîne pas *ipso facto* l'anéantissement du contrat « car le créancier conserve un droit d'option entre sa propre libération ou l'exécution proportionnelle du contrat contre la cession des droits que la perte de la chose a fait acquérir au débiteur (1).

Pour conclure, disons que l'impossibilité d'exécuter provenant de la force majeure n'entraîne pas la dissolution de plein droit du contrat. Elle donne au créancier la possibilité de paralyser son exécution à l'aide de l'exception tirée de l'art. 323. Le débiteur dont la prestation est rendue impossible par la force majeure perd le droit d'exiger la contre-prestation. Cela veut dire qu'en thèse générale, dans les contrats synallagmatiques, c'est le débiteur qui supporte les risques (2).

64. Les juristes (3) allemands font remarquer avec un visible orgueil que la solution du BGB. est la consécration d'une règle germanique. Elle est en contradiction avec la doctrine dominante du droit romain, ainsi que celle des codes qui en sont inspirés (4).

Dominé par le principe « *perfecta emptione periculum est emptoris* », le droit romain (5) permettait au vendeur de garder son droit à la contre-prestation, quand sa propre

(1) NECHITCH, th. cit., p. 63.

(2) STAUDINGER, p. 487 ; TÖDTER, *op. cit.*, p. 31.

(3) STAUDIGER, p. 487 ; PLANCK, p. 189 ; TÖDTER, *op. cit.*, p. 220.

(4) SÄCHS, GB 866, 867, 1013, 1091 ; WÜRTENBERGISCHES, LR, § 24.

(5) WINDSCHEID-KIPP, *Pand.*, II, 321, n° 3 ; DERNBURG, *Pand.*, II, § 320.

prestation était détruite par la force majeure postérieurement à la conclusion du contrat, mais avant l'exécution. La solution du BGB., opposée à celle du droit romain, est en accord avec les dispositions allemandes de l'ALR. (1).

« Les motifs du projet ajoutent enfin que dans les rares pays où s'était conservée la règle romaine, la pratique lui était hostile et on s'en trouvait fort mal. Le projet ne devrait donc éprouver aucune hésitation à consacrer une solution que tout concourait à lui recommander, sans compter la satisfaction assez rare dans cette partie des obligations de s'éloigner du droit des Pandectes pour faire un peu de droit allemand » (2).

Les risques passent au créancier avec le transfert de la chose vendue. Le principe est général. On ne fait aucune exception en ce qui concerne le transfert d'un corps certain. Jusqu'à la complète exécution de la prestation, le débiteur supporte les risques. Voici donc une grande différence entre le droit allemand et le droit français où les risques passent à l'acheteur lors de la conclusion du contrat, quand celui-ci porte sur un corps certain (art. 1138 C. Civ. Fr.).

La différence théorique est grande ; en pratique elle se réduit à peu de chose. Car il faut que l'objet vendu soit un corps certain, qui disparaisse après la conclusion du contrat et avant sa livraison.

En droit allemand les risques passent au créancier avec le transfert matériel de la chose. Et cela sans distinguer entre meubles et immeubles. Le transfert juridique de la chose n'est pas suffisant, car dans cette hypothèse le créancier n'a pas la garde matérielle. Ainsi on a rompu avec le principe du droit commun (3) où, dans l'hypothèse de la vente d'un corps certain les risques passaient à l'acheteur

(1) ALR, art. 364 s., art. 95, 100.

(2) SALEILLES, *op. cit.*, p. 204.

(3) Qu'est celui du droit français, 1138 C. civ. Fr.

lors de la conclusion du contrat. Si le créancier a déjà exécuté sa prestation il peut la reprendre conformément au principe de l'enrichissement sans cause (1). Il ne pourra plus le faire quand l'acquéreur n'est plus enrichi (2). Il y a donc une grande différence entre la théorie de la résolution et celles des risques quant à leur conséquences. La restitution des prestations effectuées en exécution d'un contrat qui vient d'être résolu, se fait conformément à l'art. 346 du BGB. (3). La restitution de la prestation du créancier se fait d'après les règles de l'enrichissement sans cause quand un contrat ne peut plus être exécuté parce que l'objet de la prestation du débiteur vient de périr par cas fortuit.

65. « Pour être logique, le projet devrait admettre, en cas de perte partielle arrivée par cas fortuit, qu'il y aurait libération correspondante du créancier : l'obligation de ce dernier se maintient dans la mesure où il lui reste un équivalent, et se dissout dans la mesure où cet équivalent a disparu » (4).

La partie dont la prestation devient partiellement impossible perd dans la même mesure le droit à la contre-prestation (art. 323 al. 1^{er}) suivant les indications des art. 472, 473.

Le créancier doit effectuer et recevoir une exécution partielle. Le BGB. pose le principe de la libération proportionnelle des deux parties dans la mesure de l'impossibilité qui atteint partiellement une des parties (5). Le système de calcul du montant de la réduction est assez compliqué ; un exemple le rendra plus accessible. La prestation entière

(1) R. G. in J. W., 1928, p. 3110.

(2) RGZ, Bd 105, p. 156 ; RG in Recht, 1918, n° 493 ; OLG, Bd 36, p. 65.

(3) Voir *infra*, p.

(4) SALEILLES, *op. cit.*, p. 204.

(5) DIMITRESCO, *De la condition résolutoire dans les contrats*, thèse, Paris, 1906, p. 111.

ainsi que son accomplissement partiel doivent être calculées d'après la valeur qu'ils avaient au moment de la conclusion du contrat. Supposons (1) que la prestation ait au moment de la conclusion du contrat une valeur de 1.600 M. La partie de la prestation demeurée possible aurait eu à ce moment une valeur de 1.200 M. Leur rapport (1.600 : 1.200) est de 4 à 3. La contre-prestation a actuellement une valeur de 2.000. En la réduisant d'un $\frac{1}{4}$ on arrive à 1.500 marks. Ce chiffre indique le quantum de la contre-prestation à effectuer par le créancier après la réduction.

Dans les contrats ayant objet, l'usage ou l'usufruit d'une chose, il faut tenir compte de la valeur d'usage. Pour cela il ne faut pas perdre de vue qu'à des laps de temps égaux, ne correspondent pas forcément une valeur égale. Dans le louage d'un hôtel on doit tenir compte de la saison.

Il faut tenir compte de l'importance économique de l'inexécution et non de sa simple durée (2).

66. La solution fournie par le BGB. en cas d'impossibilité fortuite d'exécuter est différente de celle qui s'applique au cas d'impossibilité fautive d'exécution.

Dans la première hypothèse la réduction des deux prestations jusqu'à concurrence de l'impossibilité partielle se fait automatiquement. La solution est imposée au créancier, qui garde une attitude passive. Il est obligé d'accepter une prestation partielle (3) sans aucune possibilité de choix.

Dans la seconde hypothèse, le créancier obtient un droit d'option entre plusieurs possibilités (4). Il fait usage de l'option au mieux de ses intérêts. Sa situation semble infiniment meilleure, car il n'est pas obligé d'accepter une solution qui ne lui convient pas. Tout au contraire, par son

(1) Exemple donné par STAUDINGER, p. 489.

(2) KISCH, *Unmöglichkeit*, pp. 171-172 ; NECHITCH, th. cit., p. 79 ; RGZ, Bd. 20, p. 128 ; J. W., 1895, p. 512 ; STAUDINGER, p. 489.

(3) STAUDINGER, p. 488 ; OERTMANN, p. 380.

(4) Voir *infra*, p.

choix, c'est lui qui imposera une solution. La différence entre ces deux solutions semble capitale.

Les Motifs indiquent la raison de cette différence. La faute du débiteur qui rend partiellement impossible l'exécution crée au profit du créancier une action en indemnité. Dans ce cas l'inexécution partielle équivaut à l'inexécution totale. « Or l'action en indemnité pour cause d'inexécution a pour corrélatif le droit à la résiliation, et ce droit à la résiliation doit avoir une étendue correspondante à la créance d'indemnité. Le créancier pourra donc demander, en cas de faute, la résiliation totale, là où il pourrait exiger indemnité correspondante à l'inexécution totale. Mais lorsque la perte partielle n'est pas imputable à la faute, il n'y a plus d'indemnité : le débiteur est libéré dans la mesure où son obligation est impossible, et là où il y a libération du débiteur il ne peut être question de résiliation prononcée contre lui » (1).

L'art. 323 BGB. imposant la réduction semble avoir consacré le système objectif. Dans la théorie des risques on se préoccupe de réaliser à nouveau l'équilibre entre les prestations des parties. Pour y aboutir on réduit automatiquement la prestation possible jusqu'à concurrence de celle partiellement exécutable, sans tenir compte de la volonté ou de l'intérêt des parties. Tout au contraire, dans l'hypothèse de l'art. 325 BGB. (impossibilité partielle fautive), on autorise le créancier à choisir selon ses intérêts, entre la résolution totale ou partielle. Le critérium est subjectif.

Pourtant, il ne faut pas attacher trop d'importance à cette différence, qui est destinée à rester dans le domaine de la théorie. En pratique, la situation est la même. Il ne faut pas perdre de vue que, dans l'hypothèse de l'art. 325 BGB. l'impossibilité partielle ne peut frapper que des

(1) SALEILLES, *op. cit.*, pp. 204-205.

objets juridiquement divisibles (1). Et pour décider si une prestation est juridiquement divisible ou non, la doctrine et la jurisprudence l'apprécient par rapport au but contractuel. « Une prestation est juridiquement indivisible, quand elle ne présente un intérêt pour le créancier que dans sa totalité » (2). Une prestation matériellement divisible doit être considérée comme indivisible lorsque le créancier en contractant a en vue sa totalité (3). La solution est celle de l'art. 1218 C. Civ. Fr. Dans cette hypothèse, une exécution partielle n'est d'aucune utilité pour le créancier. Dès lors il faut conclure que l'impossibilité partielle entraîne l'impossibilité totale. Le créancier, dans l'hypothèse de l'art. 323, aura le droit de refuser l'exécution partielle, en prouvant qu'il n'a intérêt qu'à une exécution complète. Donc, le système consacré dans l'hypothèse de l'art. 323 BGB. est toujours subjectif. Comme dans l'art. 325 BGB. on tient compte d'abord des intérêts du créancier ; et une exécution partielle ne peut pas lui être imposée du moment que ses intérêts s'y opposent.

Ce point de vue a été adopté également par la jurisprudence (4). Ainsi il a été jugé (5) que l'entrepreneur de bâtiment qui a construit les fondations (Grundmauer) d'un édifice et dont l'achèvement définitif est devenu impossible par force majeure, ne peut pas exiger une rémunération partielle conformément à l'art. 323 al. 1^{er}. Sa prestation était indivisible. Tenant compte des intérêts du créancier, la jurisprudence a jugé qu'une inexécution partielle fortuite n'entraîne pas l'application de l'art. 323 al. 1^{er} du BGB. quand, d'après le contenu du contrat, le créancier ne

(1) KISCH, *op. cit.*, p. 164 ; DÖRR, LZ, 1918, Sp. 892 ; STAUDINGER, p. 488, p. 258 ; PLANCK-SIEBER ; DIMITRESCO, *th. cit.*, p. 111, etc...

(2) STAUDINGER, p. 258.

(3) Voir exemple TITZE, *Unmöglichkeit*, p. 48 ; STAUDINGER, p. 258 ; KISCH, *op. cit.*, p. 164 ; KLEINEDAMM, *op. cit.*, *loc. cit.*

(4) RGZ, Bd 92, p. 14 ; RG im Recht, 1917, n° 1137 ; RGZ, Bd 88, p. 33, etc.

(5) OLG, Hamburg Hans RZ, 1923, p. 70.

peut se contenter d'une exécution partielle. Dans cette hypothèse, il peut considérer l'inexécution comme totale, en déduire toutes les conséquences, et exiger la mise à néant du contrat entier (art. 323 al. 1^{er}). Il a été jugé (1) que l'acheteur d'un immeuble, qui s'était réservé au moment de la conclusion du contrat le droit d'habitation, peut exiger la mise à néant du contrat dans sa totalité si le vendeur ne peut pas lui procurer le droit d'habitation parce que le *Miteinigungsamt* (2) maintient en place l'ancien locataire.

67. Si le créancier prend l'initiative de se libérer de son obligation, il doit prouver que la prestation qui lui est due est devenue impossible. Cette preuve une fois administrée, par l'application de l'art. 323 al. 1^{er}, le créancier se trouvera immédiatement libéré de la contre-prestation qu'il doit effectuer (3).

Le créancier n'est pas tenu de prouver aussi la force majeure qui a rendu la prestation impossible. L'art. 282 ne s'applique pas dans la présente hypothèse (4). Cet article transfère au débiteur la charge de la preuve quand la discussion porte sur le point de savoir si l'impossibilité de la prestation est survenue par suite d'une circonstance dont le débiteur avait à répondre. Il allège la situation du créancier dans le cas de l'art. 325. Par dérogation aux règles générales en matière de preuve, au lieu d'obliger le créancier à prouver l'impossibilité d'une part et la responsabilité du débiteur de l'autre, on oblige au contraire le débiteur à prouver que l'impossibilité ne lui est pas imputable étant donné qu'elle a été provoquée par une cause étrangère.

(1) RG Bay Z 1923, p. 147.

(2) L'Office de louage créé par loi spéciale.

(3) TITZE, *op. cit.*, p. 173 ; KISCH, *op. cit.*, p. 40 ; BEKH, *Beweise lost*, p. 231, etc...

(4) STAUDINGER, p. 490 ; TITZE, *op. cit.*, p. 173 ; KISCH, *op. cit.*, p. 40 ; BEKH, *op. cit.*, p. 231 ; OERTMANN, p. 191 ; PLANCK, p. 144.

L'absence d'un article analogue à l'art. 1147 C. Civ. Fr. aurait normalement abouti à priver le droit allemand au bénéfice de la responsabilité contractuelle, ainsi que du renversement de la charge de la preuve qu'entraîne la responsabilité contractuelle. Du point de vue de la preuve, la situation du créancier aurait été extrêmement mauvaise. Or, l'art. 282 BGB. vient lui faire justice. Il consacre le résultat pratique du renversement de la charge de la preuve, tout en ignorant la responsabilité contractuelle.

La doctrine (1) refuse l'application de l'art. 282 en matière de risques. Le créancier est libéré de son obligation du moment qu'il prouve l'impossibilité de la prestation qui lui est due (2). Toute autre preuve serait superflue. Mais cette preuve de l'impossibilité de la prestation du débiteur peut s'avérer difficile pour le créancier. On lui permet alors d'arriver au même résultat pratique en utilisant l'*exceptio non adimpleti contractus*. Il faut remarquer que cette exception n'est ici qu'un moyen détourné et plus facile de déplacer la charge de la preuve. Du moment qu'une des prestations est devenue impossible on ne peut parler d'une véritable application de l'exception d'inexécution. Une des principales conditions de l'application de celle-ci est précisément le fait que les prestations soient encore susceptibles d'exécution en nature (3). Néanmoins le créancier, invoquant l'art. 320, peut refuser d'exécuter tant que la prestation qui lui est due n'est pas effectuée. Si le débiteur veut s'excuser de ce refus provisoire d'exécution il doit démontrer qu'il n'est pas responsable de l'impossibilité qui a été provoquée par une cause étrangère. Il aura prouvé par là l'impossibilité fortuite. Pour rendre son refus d'exécution et sa libération définitifs, le créancier invoquera l'art. 323

(1) Voir *supra*, p.

(2) STAUDINGER, p. 490.

(3) Voir CASSIN, *Cours doctorat*, 1937-38, pp. 300-309 ; CASSIN, thèse citée, etc.,

alinéa 1^{er}, considérant que l'impossibilité fortuite a été déjà prouvée par le débiteur.

La situation est différente quand le débiteur réclame la prestation du créancier tout en gardant le silence sur l'impossibilité qui frappe sa propre prestation. Mais en pareille hypothèse le créancier sera condamné, tout au plus, à exécuter trait pour trait, donc en même temps que le débiteur. Cette décision ne recevra jamais exécution car le débiteur ne pourra jamais exécuter sa prestation (devenue impossible).

68. En cas d'impossibilité partielle le fardeau de la preuve pèse sur le débiteur comme dans l'hypothèse précédente. Si le créancier prend l'initiative et veut réduire sa prestation dans la mesure où la prestation du débiteur devient fortuitement impossible, selon l'art. 323, il doit prouver non seulement l'impossibilité partielle de la prestation du débiteur mais aussi le fait qu'en opérant la réduction correspondante de sa prestation il s'est conformé aux règles des art. 472, 473. C'est du moins l'avis de la majorité des auteurs (1).

La majorité des auteurs (2) soutient qu'il n'y a pour le créancier aucune différence quant à la preuve entre l'impossibilité totale ou celle partielle. Dans les deux hypothèses il suffit que le créancier prouve l'impossibilité. La mesure de la réduction constitue une question pour laquelle « le juge doit répondre à la partie, et non la partie au juge » (3).

Enfin, si le créancier exige remise des indemnités que le débiteur aurait acquises à la place de la prestation devenue impossible il doit prouver :

- a) l'impossibilité de la prestation qui lui est due ;
- b) la naissance, à sa place, des indemnités ou surrogats (Ersatz) ;

(1) STAUDINGER, p. 490 ; REGELSBERGER, *Iherings J. B.*, Bd. 40, p. 275, etc.

(2) OERTMANN, p. 192 ; TITZE, *op. cit.*, 172, 73, etc...

(3) OERTMANN, p. 192.

c) la valeur des indemnités quand il poursuit sa propre libération partielle. Dans ce cas, il doit prouver qu'entre la valeur des indemnités et celle de sa prestation il n'y a aucune différence (1).

69. Si le créancier d'une prestation rendue impossible par le débiteur veut opter entre la résolution ou des dommages-intérêts, il doit prouver que la prestation qui lui est due est devenue impossible (ou que le débiteur est incapable de la fournir, ce qui, suivant l'art. 275, équivaut à l'impossibilité).

Normalement, pour avoir ce droit d'option, suite d'impossibilité fautive, le créancier devrait prouver aussi la responsabilité du débiteur. Nous avons déjà expliqué que cette situation eût été extrêmement lourde pour le créancier. Pour lui venir en aide on a introduit l'art. 282 du BGB qui décide que : « s'il y a contestation sur la question de savoir si l'impossibilité de la prestation est la suite d'une circonstance dont le débiteur doit répondre, la charge de la preuve incombe au débiteur ». Pour entraîner l'application de cet article le créancier se borne à provoquer la contestation en affirmant que le débiteur est responsable de ladite circonstance.

Il appartient alors au débiteur de se libérer en prouvant le contraire. De cette manière la charge de la preuve se trouve renversée. Elle retombe sur le débiteur. La situation est identique à celle que l'art. 1147 Code Civil crée en droit français.

Avant de terminer, nous voulons relever une fois de plus l'identité qui existe entre le droit français et le droit allemand sur ce point. La situation du créancier et du débiteur en matière de preuve est la même dans les deux systèmes. Pourtant, le droit allemand ne connaît pas la responsabilité contractuelle.

(1) STAUDINGER, p. 490 ; SCHULZ, *Arch. Ziv. Prax.*, Bâ. 105, p. 19.

CHAPITRE II

DE LA RÉSOLUTION POUR CAUSE D'IMPOSSIBILITÉ FICTIVE D'EXÉCUTION DE LA PART DU DÉBITEUR (ART. 283 BGB.)

On ne doit pas donner une portée absolue à l'article 325 alinéa 1^{er}. Il résulte certainement de cet article *per a contrario* que l'exécution doit se poursuivre en nature tant que la prestation d'un contrat synallagmatique est possible. Mais le principe qui en découle, et qui admet la résolution seulement dans le cas contraire, n'a rien de rigide, ni d'absolu. Les explications suivantes tendent à le prouver.

Si dans le BGB. il n'y avait que l'article 325 al. 1^{er}, le créancier ayant affaire à un débiteur récalcitrant, qui refuse d'exécuter à l'échéance convenue, n'aurait d'autres moyens à sa disposition que celui de poursuivre l'exécution forcée, après avoir fait condamner le débiteur par un jugement passé en force de chose jugée (1).

Cette solution du BGB. n'est autre que celle du Code prussien qui, tant que l'exécution en nature était possible, accordait au créancier seul le droit d'en poursuivre l'exécution forcée.

70. Or, les rédacteurs du BGB. ont bien vu que dans certains cas le créancier n'a pas d'intérêt à poursuivre

(1) LITMANN, thèse citée, p. 57.

l'exécution en nature ; mais il importe pour lui de se délier du lien contractuel. Comme ils étaient partis de ce point de vue restrictif, que la résolution n'est admissible qu'au cas où l'exécution en nature est rendue impossible par la faute du débiteur, il leur semblait nécessaire de n'accorder la résolution que dans des cas similaires, alors que l'impossibilité d'exécuter la prestation en nature est sinon réelle du moins fictive.

Pour établir cette impossibilité fictive, le premier projet met à la disposition du créancier l'article 243 qui dispose : « Lorsque le débiteur a été condamné par un jugement passé en force de chose jugée, le créancier peut lui fixer, pour effectuer la prestation, un délai convenable avec déclaration qu'il rejette toute acceptation de la prestation après expiration du délai. Après expiration du délai, le créancier peut exiger la réparation de dommage pour inexécution, dès que la prestation n'a pas été effectuée en temps utile ; la prétention à exécution est exclue... ».

Cet article du projet est devenu l'article 283 du BGB. Il permet au créancier, à certaines conditions, de considérer comme impossible une prestation qui est cependant possible.

71. Ces conditions prévues à l'article 283 sont les suivantes :

a) Il faut qu'il y ait à l'échéance une inexécution dont le débiteur est responsable.

b) Il faut que le créancier ait poursuivi le débiteur en justice en le faisant condamner à remplir son obligation contractuelle (donc, celle-ci doit être encore susceptible d'exécution en nature).

c) Il faut que la décision du tribunal soit passée en force de chose jugée.

d) Ensuite le créancier doit fixer au débiteur un délai convenable pour que celui-ci effectue la prestation à laquelle il a été condamné.

e) La fixation du délai doit être accompagnée de la déclaration que le créancier refusera l'acceptation de la prestation après expiration du délai (1).

Si le débiteur n'exécute pas pendant le délai fixé on considère que sa prestation est devenue impossible par suite d'une circonstance dont il est responsable. Le droit du créancier d'exiger l'exécution en nature est exclu, comme l'indique l'article même.

A l'expiration du délai apparaît en quelque sorte en faveur du créancier « la fiction que la prestation est devenue impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur est responsable » (2).

Nous avons certainement affaire à une fiction d'impossibilité et non à une impossibilité réelle. Car l'exécution en nature est toujours possible. Pourtant certains auteurs contestent que dans cette hypothèse on soit en présence d'une fiction. Ainsi Romeick (3) soutient qu'il faut y voir un simple procédé destiné à étendre l'application de ce texte. Mais beaucoup d'auteurs (4) suivant le chemin tracé par les rédacteurs (5) estiment qu'on se trouve en face d'une fiction. En somme, c'est une simple querelle de mots. Cette fiction d'impossibilité entre en jeu en vertu de l'article 283 à l'expiration du délai établi par le créancier, dans les conditions que nous étudierons plus loin.

72. Les rédacteurs du BGB. se sont rendu compte qu'ils ne pouvaient maintenir de façon absolue le principe n'admettant la résolution qu'au cas où l'exécution en nature était devenue impossible, sans porter un grave préjudice

(1) KÖNIG, *Mitteilungen und Erörterungen*, p. 847.

(2) Motive, II, pages 53-54.

(3) ROMEICK, *Zur Technik des BGB*, Heft I: *Fristbestimmungen*, p. 24.

(4) OERTMANN, p. 180 ; STAUDINGER, p. 319 ; SCHOLMEYER, p. 283 ; La jurisprudence semble être établie dans ce sens, Suppl. A, Bd. 95, p. 152.

(5) Motive, *loc. cit.*

aux intérêts du créancier. Et pour accorder au créancier un droit de résolution en dehors du cas prévu par l'art. 325, alinéa 1^{er} du BGB., les rédacteurs ont mis à sa portée un autre moyen, basé toujours sur l'impossibilité, sinon réelle, du moins fictive.

En d'autres termes le principe initial, admission de la résolution pour impossibilité de l'exécution en nature, a été maintenu. Mais en admettant que l'impossibilité puisse être non seulement réelle mais aussi fictive, on a maintenu l'unité apparente ; le principe en lui-même a été détruit.

L'article 325 se place au point de vue objectif pour admettre la résolution (le contrat devant s'exécuter en nature tant que la prestation est possible) et néglige complètement le point de vue personnel et subjectif du créancier. Celui-ci a voulu la prestation pour un moment déterminé. Même si elle est possible après cette date, il se peut qu'elle ne présente plus d'intérêt pour le créancier. Si le BGB. ne mettait à la disposition du créancier que l'article 325, celui-ci serait obligé de respecter le contrat alors qu'à cause de l'inexécution du débiteur il n'aurait plus d'intérêt à le faire. Ce serait en même temps excessif et inéquitable.

Se rendant compte que le point de vue subjectif du créancier est aussi digne d'intérêt et de protection, les rédacteurs ont tenté, par une autre série de dispositions, de le prendre en considération. Ils ont tenté aussi de concilier cet intérêt avec le principe de l'article 325, corrigeant ainsi avec équité ce que celui-ci avait de trop rigide. C'est ce qui explique l'existence des articles 283 et 326 du BGB.

Pour avoir le droit d'opter pour la résolution, conformément à l'art. 325, le créancier doit prouver que la prestation est devenue impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur est responsable. Cette preuve est non seulement difficile (1) mais bien des fois impossible, dans tou-

(1) LITMANN, *th. cit.*, p. 39.

tes les hypothèses par exemple où la prestation est encore réalisable, mais inexécutée par la mauvaise foi ou la négligence du débiteur. L'art. 283 du BGB. vient à l'aide du créancier en lui permettant d'éviter la preuve difficile de l'art. 325 al. 1^{er}, et de résoudre le contrat, bien que la prestation en nature soit encore possible. L'art. 283 même prend place dans le BGB. entre les prescriptions sur l'impossibilité (art. 275 à 282) et celle de la mise en demeure (art. 284 à 290). Par la place qu'il occupe et même par son but il est un trait d'union entre l'impossibilité réelle (art. 325) et la mise en demeure (art. 326) dans les contrats synallagmatiques.

Par rapport au premier alinéa de l'art. 325, l'art. 283 est un pas de plus dans la voie de l'admissibilité de la résolution. Mais même avec son concours la protection du créancier n'est pas complète. On peut dire qu'il annonce l'art. 326 sans toutefois le rendre superflu.

73. On peut se demander si cette impossibilité fictive produit les mêmes effets que l'impossibilité réelle, c'est-à-dire si le droit d'option du créancier porte sur les trois possibilités prévues à l'art. 325. Il faut dire dès le début que le droit d'option sera réduit de toute façon à une alternative : les dommages-intérêts ou la résolution. Le créancier ne pourra jamais opter pour la troisième faculté, et exiger l'indemnité à laquelle il a éventuellement droit en équivalence de la prestation rendue impossible par faute du débiteur (conformément à l'art. 323). Et cela précisément parce que la prestation est susceptible d'exécution en nature.

L'art. 325 parlant du droit d'option du créancier ajoute dans son dernier alinéa : « Il en est de même dans le cas de l'art. 283, lorsque la prestation n'a pas été exécutée jusqu'à l'expiration du délai ou qu'à cette époque elle est partiellement inexécutée ».

Comme nous le voyons l'art. 325 al. 2 renvoie à l'art. 283 qui dispose : « Lorsque le débiteur a été condamné par un jugement passé en force de chose jugée, le créancier peut lui fixer pour effectuer la prestation un délai convenable avec déclaration qu'il rejette toute acceptation de la prestation après expiration du délai. Après l'expiration du délai, le créancier peut exiger réparation de dommage pour inexécution, dès que la prestation n'a pas été effectuée en temps utile ; la prétention à exécution est exclue. Il n'y a pas lieu à obligation à réparation du dommage, si la prestation est devenue impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur n'a pas à répondre. »

Si, jusqu'à ce qu'il y ait expiration du délai, la prestation se trouve en partie seulement n'avoir pas été exécutée, le droit établi par l'art. 280 al. 2 appartient également au créancier. »

On peut croire que, cette fois, le droit d'option du créancier n'est pas si étendu que dans le cas de l'art. 325. L'art. 283 parle seulement du droit du créancier « d'exiger réparation de dommages pour inexécution ». Par là même, il semble que le droit d'option du créancier ne porte pas ici sur les deux facultés inscrites dans l'art. 325 ; la résolution serait donc exclue.

Mais il ne faut pas oublier que l'art. 325 al. 2, après avoir énuméré trois possibilités sur lesquelles porte le droit d'option du créancier, renvoie à l'art. 283 en disant « Il en est de même ». Cela veut dire, qu'en dehors du droit d'exiger réparation du dommage causé par l'inexécution, le créancier aura aussi le droit de résoudre le contrat. Il faut ajouter encore que l'art. 283 se réfère aux obligations unilatérales ; mais comme l'art. 325, qui s'applique aux contrats synallagmatiques, y renvoie par les mots « il en est de même », on doit en déduire qu'il s'applique aussi aux contrats synallagmatiques.

L'attitude des auteurs à l'égard des rapports entre les art. 325 al. 2 et 283 est très incertaine.

La majorité des auteurs modernes traitant de ce cas parlent seulement des dommages-intérêts, bien que l'impossibilité fictive dont le débiteur est responsable semble laisser croire que, par analogie avec l'article 325, le droit d'option doit porter également sur la résolution.

Une autre catégories d'auteurs indiquent d'une manière précise que dans ce cas le droit d'option du créancier porte aussi sur la résolution. Ainsi Planck (1); parlant de l'art. 325 al. 2, affirme que « en présence de l'inexécution de la prestation entière, le créancier peut choisir entre la réparation pour inexécution, la résolution, et les droits de l'article 323 ». Cette dernière option n'est pas possible chaque fois que la prestation est encore susceptible d'exécution en nature.

Oertmann (2) estime qu'« à l'expiration du délai de l'art. 283, on peut faire valoir les droits de l'art. 325 alinéa 1^{er} », par conséquent les trois options y compris la résolution.

Goldmann-Lilienthal (3) s'exprime d'une manière encore plus claire : « Les dispositions de l'article 283 s'appliquent également aux contrats synallagmatiques. Les droits du créancier, au cas où la prestation n'est pas effectuée en temps utile après l'établissement du délai, se déduisent de l'article 325 alinéa 1^{er}; le créancier a le choix entre les dommages-intérêts pour inexécution et la résolution du contrat ».

Rehbein (4) est aussi net que possible. Il indique textuellement que dans le cas de l'art. 283 le créancier a le choix entre les trois possibilités. Enfin Saleilles (5) est du même avis.

(1) PLANCK, p. 388.

(2) OERTMANN, p. 286.

(3) GOLDMANN-LILIENTHAL, p. 379. Dans le même sens : SCHOLLMAYER, p. 210.

(4) REHBEIN, p. 194.

(5) SALEILLES, *op. cit.*, p. 210.

Opinion de Warneyer (1). — Cet auteur faisant sienne les conclusions d'un arrêt de jurisprudence estime que l'art. 283 et l'art. 326 sont différents dans les conditions imposées ainsi que dans leurs conséquences juridiques. L'art. 283 veut mettre à la disposition du créancier un moyen plus facile d'obtenir des dommages intérêts pour inexécution, en partant d'un jugement passé en force de chose jugée.

Au contraire, l'art. 326 traite de l'inexécution du débiteur au terme convenu et permet au créancier d'exiger, à l'expiration du délai, des dommages-intérêts ou de déclarer la résolution. L'arrêt (2) ajoute, ce que Warneyer passe sous silence, que l'art. 283 n'accorde pas au créancier le droit de résoudre le contrat, mais seulement celui d'exiger des dommages-intérêts pour inexécution.

74. Les art. 283 et 326 étant identiques dans les formalités imposées (délai avec déclaration) et dans les résultats obtenus (droit d'option pour le créancier entre trois possibilités); bien qu'ils aient des points de départ différents (l'un de l'arrêt passé en force de chose jugée, l'autre de l'inexécution par le débiteur au terme convenu), on s'est demandé si les deux articles ne font pas double emploi.

La jurisprudence a résolu cette question, en prouvant que dans certains cas la coexistence de deux articles est utile. Ainsi il a été jugé (3) que bien que le recours à l'art. 326 ait été écarté par convention, le créancier gardait cependant le droit d'invoquer l'art. 283. Ce n'est pas du formalisme inutile que de déclarer, d'abord par voie contractuelle, l'art. 326 inapplicable et de renvoyer ensuite à l'art. 283 qui conduit aux mêmes résultats.

L'art. 283 pose une règle permettant de passer du droit

(1) WARNEYER, BGB, vol. I, p. 549.

(2) SEUFF A., Bd. 65, p. 136.

(3) Recht, 1921, n° 2163.

à l'exécution en nature à la créance en dommages-intérêts pour inexécution. Pour les contrats synallagmatiques, l'art. 326 prévoit exceptionnellement une voie plus courte qui arrive au même résultat, mais sans obliger le créancier à obtenir au préalable la condamnation définitive du débiteur. Cette voie plus simple, et par là même plus défavorable au débiteur, peut être écartée par une stipulation des parties. En conséquence, le créancier sera alors contraint de recourir à l'art. 283. Ceci explique la coexistence des deux articles (1).

75. Avant de conclure il y a lieu de remarquer d'abord l'extrême pauvreté des arguments destinés à justifier cette solution, ensuite le fait que la majorité des auteurs ont écrit dans la période comprise entre 1900-1905, donc au lendemain de la mise en vigueur du Code Civil allemand. Leur interprétation qui consiste à admettre un droit d'option portant sur trois facultés est rationnelle. Les cas où la jurisprudence s'est prononcée sont extrêmement rares, et on ne peut pas affirmer de manière certaine qu'elle admette le droit d'option du créancier comme portant aux cas de l'art. 283, sur les trois possibilités indiquées.

Les auteurs modernes (2) gardent le silence sur ce point.

Ceci s'explique du fait que les premiers commentateurs du Code accordaient un égal intérêt théorique à toutes ses dispositions, tandis que les auteurs modernes les commentent en tenant compte de leur valeur pratique.

76. L'intérêt pratique du deuxième alinéa de l'art. 325 et de l'art. 283 est à peu près nul. Car les conditions exigées par ces articles sont complexes. Le créancier doit poursuivre le débiteur en justice, aboutir à une condamna-

(1) Dans le même sens : SEUFF A., Bd. 76, p. 122; D.I.Z., 1921, p. 202.

(2) Voir STAUDINGER, SOERGEL, *loc. cit.*

tion définitive, lui fixer ensuite un délai convenable pour l'exécution en déclarant qu'il refuse la prestation effectuée après l'expiration du délai. Ces formalités, difficiles à remplir, rendent assez rare l'application pratique de ces procédés.

De plus, en ce qui concerne les contrats synallagmatiques, le créancier possède un moyen beaucoup plus simple d'arriver au même résultat : c'est l'art. 326. Entre ces deux modalités, l'une compliquée, l'autre assez simple, il est certain que le créancier choisira la seconde. Mais il est possible que, même en dehors de la voie plus simple de l'art. 326, les art. 325 al. 1^{er} et 283, aient été de nature à ne recevoir qu'une application restreinte.

Le créancier qui a poursuivi le débiteur et qui a obtenu sa condamnation en justice a un intérêt à l'exécution du contrat en nature. Par cette condamnation, il poursuit justement l'exécution forcée en nature. Or, il n'est pas concevable qu'un créancier qui, après tant de difficultés, obtient la condamnation définitive du débiteur, renonce à l'exécution en nature autorisée par le jugement, pour opter entre les dommages-intérêts et la résolution. Les formalités accomplies, le temps perdu, ainsi que les dépenses faites, n'auront de ce fait aucun sens.

En outre, au point de vue juridique, il est inélégant d'accorder au créancier le droit de déclarer la résolution et d'éteindre le contrat par volonté unilatérale, alors qu'il a poursuivi et obtenu la condamnation définitive du débiteur, en s'appuyant justement sur le contrat. Ce serait aboutir en même temps à la consécration et à l'anéantissement du contrat !

D'ailleurs obliger le créancier à obtenir un jugement passé en force de chose jugée, condamnant le débiteur à effectuer la prestation contractuelle, pour avoir ensuite le droit de déclarer la résolution, c'est l'obliger à prendre une voie qui mène à un but différent de celui où elle devrait conduire normalement. Si on poursuit la condamnation

définitive du débiteur à la prestation en nature, c'est précisément pour obtenir cette prestation et non pour avoir ensuite le droit de déclarer la résolution. Normalement, par la condamnation définitive du débiteur, on vise l'exécution forcée et non la résolution. Obliger le créancier à poursuivre la condamnation définitive à l'exécution en nature pour pouvoir déclarer ensuite la résolution, c'est l'obliger à un véritable détournement de but, analogue au détournement de pouvoir du droit administratif français. Nous assistons ainsi à une curieuse acrobatie juridique où on utilise une institution, non pour atteindre son but, mais un but diamétralement opposé.

Enfin, on pourrait conclure avec Crome (1) que cette solution juridique ne couvre pas les besoins de la pratique et ne procure aucun avantage à la partie contractante de bonne foi.

(1) CROME, p. 187.

TITRE II

DE LA RÉSOLUTION POUR ABSENCE D'INTÉRÊT DU CRÉANCIER A L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Dans ce deuxième titre nous avons groupé certaines hypothèses présentant la même caractéristique. A cause de la faute du débiteur le créancier n'a plus d'intérêt à l'exécution du contrat. On ne peut obliger le créancier à poursuivre l'exécution d'un contrat qui ne satisfait plus ses intérêts. La faute dont le débiteur a fait preuve en exécutant tardivement ou partiellement le contrat a enlevé à l'autre partie l'intérêt qu'elle avait à l'exécution. Il est alors naturel de conférer au créancier le droit de résoudre le contrat. L'absence d'intérêt à l'exécution peut être provoquée par plusieurs causes. Nous consacrerons à chacun un chapitre spécial.

Dans un premier chapitre nous traiterons du droit de résolution accordé au créancier quand l'absence d'intérêt provient de l'inexécution du débiteur pendant le délai qu'on lui a établi (art. 326 al. 1^{er}).

Dans un autre chapitre nous étudierons l'hypothèse où l'absence d'intérêt à l'exécution du contrat provient de la demeure du débiteur (art. 326 al. 2).

Dans le troisième chapitre nous envisagerons le cas où l'absence d'intérêt est provoqué par l'exécution partielle du débiteur (art. 325 al. 1^{er} § 1^{er} ; art. 326 al. 1^{er} § 1^{er}).

Enfin dans le dernier chapitre nous étudierons l'hypothèse où l'absence d'intérêt à l'exécution provient de l'inexécution à l'échéance d'un « Fixgeschäft ».

CHAPITRE PREMIER
DE LA RÉSOLUTION
POUR ABSENCE D'INTÉRÊT A L'EXÉCUTION
PROVENANT DE L'INEXÉCUTION DU DÉBITEUR
PENDANT LE DÉLAI FIXÉ (ART. 326 AL. 1^{er} BGB.)

77. Le premier projet, bien que pénétré d'esprit romain, voulait cependant rompre avec la tradition du droit commun et assurer au créancier un droit de résolution quand, à cause du retard, l'exécution ne présentait plus d'intérêt pour lui (1).

Le deuxième projet a vu, à juste titre d'ailleurs, dans la subordination de la résolution à la preuve préalable du défaut d'intérêt, une précaution dont l'effet pratique était d'entraver l'essor du commerce moderne et de porter un sérieux préjudice à son activité et à sa rapidité. La préoccupation de supprimer cette entrave est visible même dans le premier projet, étant donné les exceptions permettant d'enfreindre le principe négatif en matière de vente, échange, etc... L'insuffisance du principe qui garantit la résolution sous la réserve préalable du défaut d'intérêt se fait surtout sentir en matière de ventes et d'échanges « où l'intérêt à la contre-prestation est toujours présent, où tout

(1) E.I., art. 369,

au moins le défaut d'intérêt est difficile à prouver » (1). Aussi dans ces cas la résolution à cause du retard d'exécution était-elle rendue à peu près impossible. Pour pouvoir user de la résolution le créancier eût été contraint de recourir à l'article 283 (et aux formalités difficiles et nombreuses qu'il prescrit) alors que le règlement rapide de ces affaires est d'une importance particulière pour le commerce.

La résolution obtenue en vertu de cet article 283 risquait d'aboutir à des résultats illusoires, toutes les fois que la chose devenait entre temps le gage d'autres créanciers. Ce risque était dû à la fois au caractère personnel de la résolution allemande (2) ainsi qu'à la perte de temps résultant de la mise en œuvre de cet article. Le principe devenait inéquitable dans sa rigidité dans le cas où la voie judiciaire apparaissait sans utilité pour obtenir la prestation contractuelle étant donné l'insolvabilité du débiteur. On obligeait alors le créancier à s'engager dans la voie solennelle du jugement ayant autorité de chose jugée, pour pouvoir enfin aboutir à la résolution qui était sans effet utile à raison de son caractère personnel et non réel. Le créancier était obligé de suivre un chemin difficile et détourné pour obtenir ensuite le droit de déclarer la résolution. Comme la voie menant à la résolution par la preuve préalable du défaut d'intérêt à cause du retard apparaissait encore plus difficile, on était obligé d'accepter comme un pis-aller le moyen de l'article 283 qu'on jugeait pourtant comme loin d'être idéal.

Enfin il faut remarquer que la résolution pour défaut d'intérêt à l'exécution apparaît comme plus inconciliable que n'importe quel autre système, avec la résolution prononcée par la partie intéressée elle-même (3).

Pour tous ces motifs qui sont presque autant de critiques adressées à l'article 283 BGB., les rédacteurs ont abandonné

(1) LITTMANN, thèse cit., p. 75.

(2) Voir *infra*, n° 194 s.

(3) Voir *infra*, n° 182 s.

le point de vue restrictif du premier projet. Et pour consacrer un système plus approprié ils se sont tournés du côté du HGB. (1). Ils ont accepté d'emblée les solutions des articles 354, 356 du Code de Commerce allemand, qui sont devenus ainsi l'article 326 du BGB. Selon cet article :

« Lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties se trouve en demeure, par rapport à la prestation qui lui incombe, l'autre partie peut lui fixer, pour effectuer la prestation, un délai convenable avec cette déclaration qu'elle rejette toute acceptation de la prestation après expiration du délai. Après expiration du délai, elle a le droit, si la prestation n'a pas eu lieu en temps utile, d'exiger réparation du dommage pour inexécution ou de résilier le contrat ; la prétention à exécution est exclue. Si, jusqu'à l'expiration du délai, la prestation n'est que partiellement inexécutée, la disposition de l'article 325 al. 1^{er} § 2 reçoit application correspondante.

Si, à raison de la demeure, l'exécution du contrat ne présente plus aucun intérêt pour l'autre partie, les droits décrits à l'alinéa 1^{er} lui appartiennent sans qu'il soit besoin de fixer aucun délai. »

Comme nous le voyons, l'article 326 BGB. contient deux dispositions différentes :

Dans le premier alinéa la simple expiration du délai que le créancier accorde au débiteur, après que celui-ci se trouve déjà en demeure, permet au créancier de déclarer la résolution. C'est la règle.

Le deuxième alinéa permet au créancier de déclarer la résolution directement, s'il est en état de prouver que le défaut d'intérêt à exécution a été causé par le retard du débiteur.

De l'article 326 al. 1^{er}, il résulte que plusieurs conditions doivent être réunies pour que le créancier puisse déclarer la résolution :

(1) Voir Denkschrift zum BGB, p. 49.

a) Il faut d'abord que le débiteur soit mis en demeure d'exécuter la prestation.

b) Il faut ensuite que le créancier lui accorde un délai convenable pour l'exécution de son obligation.

c) Il faut encore la déclaration que le créancier refusera toute prestation après l'expiration du délai.

C'est seulement après l'expiration du délai que le créancier a le droit d'opter entre la résolution et les dommages-intérêts pour inexécution. Nous allons consacrer une section spéciale à chacune de ces conditions.

SECTION PREMIÈRE

DE LA MISE EN DEMEURE

§ 1^{er}. — Forme et contenu de la sommation

78. Le seul fait de l'inexécution ne suffit pas pour déclencher l'application de l'article 326. Il faut encore qu'elle soit officiellement constatée. C'est le but de la mise en demeure. La nécessité de la mise en demeure du débiteur (comme condition préalable de l'admission de la résolution) ne fait aucun doute dans le droit allemand où l'article 326 du BGB. l'exige d'une manière expresse. En effet, le créancier ne peut fixer au débiteur un délai convenable pour l'exécution que si celui-ci est en demeure. La mise en demeure du débiteur doit avoir lieu conformément à l'art. 284 du BGB.

Pourtant, le BGB. ne prévoit aucune forme spéciale pour la sommation. De son silence les auteurs et la jurisprudence concluent qu'une sommation peut être faite dans n'importe quelle forme, pourvu qu'elle réponde à son but, celui d'apporter la certitude que le créancier exige la réalisation de la prestation qui lui est due. Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier si un acte quelconque opère la mise en demeure. Donc, on attache moins d'import-

tance à la forme de la déclaration qu'à sa portée. Ainsi il a été jugé que le terme de « sommation » ne doit pas être nécessairement employé (1). La mise en demeure peut être faite même sur une carte postale (2). La sommation n'a pas besoin d'être expresse ; elle peut également être implicite (3). Mais le fait d'envoyer une simple note à payer n'a pas été considérée par les tribunaux comme une sommation (4).

La sommation est une déclaration de volonté unilatérale qui nécessite la réception (*einseitigē empfangsbedürftige Willenserklärung*). Nous étudierons plus loin (5) le caractère d'un pareil acte.

79. Pour que la sommation soit efficace, il faut qu'il résulte clairement de son contenu que le créancier exige du débiteur l'exécution de l'obligation due. C'est pour cela que d'une simple formule de politesse (« qu'il ne lui plairait pas ») ne peut pas résulter d'une manière précise la volonté du créancier de sommer, et un acte qui contient une telle formule ne peut pas être considéré comme une sommation (6). L'envoi d'une note à payer n'est pas considéré comme une sommation. Mais la doctrine (7) et la jurisprudence voient une sommation dans le fait de répéter l'envoi de la note à payer. De même, la proposition d'une transaction ne peut pas être considérée comme une sommation (8).

80. C'est justement parce qu'une sommation doit fournir avant tout au débiteur une certitude sur l'étendue et la date

(1) RGZ, Bd 93, p. 300.

(2) RG Holdheims M. Sch., Bd 18, p. 141.

(3) RGZ, Bd 50, p. 255.

(4) RGZ, Bd 118, p. 351 ; WARNEYER, p. 554.

(5) Voir *infra*, n^{os} 105 et 182.

(6) RG in Recht, 1904, p. 136.

(7) PAECH, *Der Leistungsverzug*, p. 58 ; WARNEYER, p. 554 ; OERTMANN, p. 195.

(8) RG in LZ, 1927, Sp. 39.

des exigences du créancier qu'une sommation éventuelle ou conditionnelle doit être jugée inefficace, comme ne fournissant pas cette certitude. Car une sommation qui dépend d'un événement futur et incertain est elle-même incertaine. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont en ce sens.

L'objet de la sommation doit être celui de l'obligation. Le créancier qui possède plusieurs créances exigibles contre le même débiteur doit préciser dans sa sommation de quelles créances il s'agit. Une sommation qui n'apporte pas cette précision est juridiquement inefficace, car elle laisse le débiteur dans l'incertitude en ce qui concerne l'objet que le créancier exige de lui (3). De même est inefficace une sommation par laquelle le créancier exige un objet tout à fait différent de celui de l'obligation initiale.

Même si l'objet exigé est identique, lorsque la quantité demandée est si considérable que le débiteur ne peut pas reconnaître dans la sommation l'objet de son obligation, il faut déclarer la sommation inefficace.

81. Mais les tribunaux ont été souvent appelés à se prononcer sur des hypothèses où le créancier avait demandé dans la sommation plus que dans le contrat. On se demandait alors quels sont les effets d'une sommation dont le contenu ne coïncide pas exactement avec celui du contrat.

Si l'objet de la sommation est moindre que celui de l'obligation le débiteur ne peut être mis en demeure que pour l'objet de la sommation. Le créancier faisant une telle sommation a prouvé qu'il exige, pour le moment, moins que dans l'obligation. C'est l'opinion de Mommsen (4), approuvée par Paech (5). L'autre cas est d'une application

(1) PAECH, *op. cit.*, p. 59 ; OERTMANN, p. 195 ; STAUDINGER, p. 334 ; GOLDMANN-LILIENFELD, I, p. 342 ; BRÜCK, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte*, p. 172.

(2) RG in J. W., 1927, p. 521.

(3) PAECH, *op. cit.*, p. 150.

(4) FR. MOMMSEN, *Die Lehre von der Mora*, 1855, p. 41.

(5) PAECH, *op. cit.*, p. 62.

pratique plus fréquente ; c'est celui où le créancier demande par la sommation plus que dans le contrat. D'après Mommsen une telle sommation est sans effet ; le débiteur n'est pas même constitué en demeure pour l'objet du contrat. On a remarqué à juste titre que cette opinion trop sévère peut conduire à des résultats iniques, dans le cas, par exemple, où la sommation d'un fournisseur doit être considérée comme inefficace, parce que celui-ci a demandé plus, en oubliant de déduire le rabais qu'il faisait habituellement.

L'opinion diamétralement opposée a été soutenue par Kniep (1) qui prétend qu'une sommation dépassant l'obligation initiale met toujours le débiteur en demeure, non pour l'objet de la sommation, mais pour celui du contrat. Le fait d'exiger le plus veut dire qu'en tout cas on demande le moins (l'objet du contrat). Aussi, le débiteur est-il constitué en demeure pour l'étendue de l'obligation contractuelle.

Paech (2) veut corriger cette formule en lui apportant des limitations. D'après lui, une sommation qui contient une *plus petitio* constitue efficacement en demeure le débiteur pour l'objet du contrat, chaque fois que cette *plus petitio* est insignifiante et quand par là elle ne devrait pas donner au débiteur le droit de refuser sa prestation sans porter atteinte à la bonne foi. Pour lui le critérium est objectif et doit résulter du rapport des valeurs qu'on fait entre la *plus petitio* et l'obligation.

82. La jurisprudence a dirigé ses recherches dans une autre voie. Pour se prononcer sur la validité d'une telle sommation elle se demande d'abord si le débiteur aurait exécuté au cas où la sommation aurait été juste. Une sommation qui contient une *plus petitio* ne peut pas constituer

(1) KNIEP, *Die Mora des Schuldners nach römischen und heutigen Recht*, 2 vol., 1871. p. 553.

(2) PAECH, *op. cit.*, p. 64.

en demeure un débiteur qui était prêt, voulait exécuter, mais ne l'a pas fait justement parce que la sommation contenait une *plus petitio*.

Une telle sommation est valable quand le débiteur n'aurait pas exécuté de toute façon, même si l'objet de la sommation était juste celui de l'obligation. La jurisprudence est dans ce sens (1).

Dans une de ces espèces (2) la Cour Suprême affirme d'une manière précise que la solution de la Cour d'Appel, suivant laquelle la sommation et le délai accordés sont inefficaces parce que le défendeur avait demandé trop, est erronée. « D'après la jurisprudence de la Cour Suprême et selon l'opinion dominante en doctrine une demande plus grande ne rend pas inefficace la sommation en toute circonstance. Bien plus, la demande supplémentaire n'est pas prise en considération et le reste a des effets juridiques quand une sommation, pour le montant dû, n'aurait pas été exécutée. »

Donc une sommation contenant une *plus petitio* peut avoir les effets juridiques d'une juste sommation. Elle constitue le débiteur en demeure toutes les fois que celui-ci n'aurait pas exécuté, même si la sommation avait été juste. D'un autre côté, la jurisprudence considère comme inefficace une sommation contenant une *plus petitio* dans le cas où le créancier déclare ne pas vouloir accepter un montant inférieur à celui de la sommation (3). Pour pouvoir se prononcer sur le sort juridique de la sommation les tribunaux procèdent à l'examen de l'intention et de la volonté du débiteur dans chaque cas particulier (4).

Une sommation faite dans des conditions de mauvaise foi ne peut avoir aucun effet juridique.

(1) R. G. in Recht, 1904, n° 583 ; R. G. in J. W., 1924, p. 1138 ; R. G. in J. W. 1931, p. 1183 ; R. G. Z., Bd 9, p. 141 ; Bd 14, p. 108.

(2) R. G. in LZ, 1912, SP 542.

(3) G. G. in Seuff A., Bd. 50, p. 219 ; R. G. in Recht, 1913, n° 917.

(4) Recht, 1915, n° 27 ; 1918, n° 1665.

§ 2. — Des hypothèses où la sommation est superflue

Nous traiterons plus longuement des hypothèses où la sommation est inutile. On peut concevoir plusieurs situations :

a) La sommation proprement dite n'est pas nécessaire pour constituer le débiteur en demeure parce qu'elle est remplacée par une autre formalité équivalente. Dans ce cas la formalité de la sommation n'est pas supprimée sans plus ; elle est seulement remplacée par une autre. Ainsi sont assimilées à la sommation :

1) l'introduction d'une action en justice dont l'objet est la prestation de l'obligation contractuelle ;

2) la signification d'un ordre de paiement en forme de procédure de sommation est également assimilée à la sommation.

83. b) Mais il y a des cas où la sommation est superflue, quoiqu'elle ne soit pas remplacée par une formalité équivalente.

Sur ce point la loi et la jurisprudence ont fait preuve d'une égale initiative. L'inutilité de la sommation dans les deux premiers cas que nous étudierons résulte expressément de la loi. A ceux-ci la jurisprudence en a ajouté d'autres.

Le deuxième alinéa de l'article 284 dispose que : « Si, pour la prestation, une époque a été fixée d'après le calendrier, le débiteur se trouve constitué en demeure sans sommation, s'il n'exécute pas la prestation à l'époque fixée ».

Par cette disposition le BGB. n'a fait qu'adopter le principe antérieur que le droit commun allemand formulait ainsi : « Wo der Tag mahnt, braucht der Mensch nicht mahnen ».

Ce principe, jusqu'à un certain moment unanimement admis et généralement appliqué en Allemagne, a commencé

à être attaqué par des auteurs comme Neustetel (1), Schröter (2) et Wolff (3). Ces auteurs se sont évertués à prouver que le principe *dies interpellat pro homine* n'était pas admis en droit romain. Par là, l'application de ce principe en droit allemand, que beaucoup d'auteurs fondaient sur la tradition romaine, était sapée à sa base.

Mommsen (4), après une minutieuse analyse des textes romains, arrive à la même conclusion qu'il formule ainsi : « Le résultat auquel nous sommes parvenus est celui que la validité de la règle *dies interpellat pro homine* n'est pas prouvée pour le droit romain, et pour cela ne peut pas être acceptée. L'analyse de quelques lignes de la *Dubia cameralia* de 1595, se référant à la règle étudiée, le conduit au même résultat, à savoir que le droit canonique allemand et les lois du Reich étaient étrangers à ce principe. Ce sont les glossateurs (5) et les juristes italiens postérieurs qui ont considéré ce principe comme en vigueur dans le droit romain. »

Le droit romain étant reçu en Allemagne par l'intermédiaire des glossateurs et juristes italiens qui admettaient le principe *dies interpellat pro homine*, explique pourquoi les juristes allemands du xvi^e siècle ont accepté immédiatement le principe. Quoique basé sur une interprétation erronée des textes du droit romain par les glossateurs, le principe *dies interpellat pro homine* a reçu à partir du xvi^e siècle une application générale en droit commun allemand. Or, cette application longue et générale est suffisante pour justifier sa raison d'être actuelle (6).

Ce principe doit plutôt son existence à la pratique qu'à

(1) NEUSTETEL, *Archiv. Ziv. Prax*, V, p. 221.

(2) SCHRÖTER, *Zeitschrift für Ziv. und Prax.*, IV, p. 100.

(3) WOLFF, *Mora*.

(4) MOMMSEN, *op. cit.*, pp. 80-98.

(5) Glose d'Accurse à L. 9 § 1.4. 32 pr. D. de usuris, L. 23 D. de D. et A cité par MOMMSEN, p. 102.

(6) MOMMSEN, *op. cit.*, p. 106.

la doctrine (1). Il part de l'idée que si dans le contrat les parties ont établi d'une manière précise la date d'exécution, on a voulu par là, non seulement donner au créancier la possibilité d'exiger la prestation, mais aussi obliger le débiteur à prêter à l'échéance convenue. C'est impératif pour le débiteur et non seulement facultatif pour le créancier. Et le fait d'avoir stipulé l'exécution à un *dies certus* rend la sommation inutile.

Dans le droit allemand antérieur au code, la doctrine (2) tendait plutôt à dire que le *dies certus* prend la place de la sommation. La sommation n'était pas supprimée, mais remplacée. On a remarqué à juste titre que la sommation doit avoir lieu après l'échéance et non en même temps.

Les règles juridiques relatives à la demeure sont supplétives. Le débiteur peut augmenter ses obligations et le créancier diminuer les siennes. D'après le droit commun, si les parties stipulent que la demeure se produira sans sommation, on est alors en face d'une dérogation aux règles générales. La dérogation est tacite lorsque les parties ont stipulé pour l'exécution une date précise, fixée d'après le calendrier.

Les auteurs sont d'accord (3) pour dire que le BGB., en s'inspirant du Code prussien (4) et du Code autrichien (5), a fait un pas en avant dans l'admission du principe *dies interpellat pro homine*. La dérogation aux règles générales de la demeure dans le droit commun avait sa source dans la stipulation contractuelle d'une date précise. Aujourd'hui, cette dérogation a lieu chaque fois qu'on a affaire à un *dies certus*, sans distinguer s'il a sa source dans la convention des parties, dans la décision du juge, ou dans la loi. Donc, la sphère primitive du principe se trouve fortement étendue.

(1) MOMMSEN, *op. cit.*, pp. 80 à 119 ; PAECH, *op. cit.*, pp. 5-76.

(2) MOMMSEN, *op. cit.*, p. 108.

(3) PAECH, *op. cit.*, p. 77.

(4) ALR., art. 16-21-67.

(5) ABGB., art. 1334.

84. Nous estimons intéressant de procéder à un rapide examen de la jurisprudence pour voir comment les tribunaux ont compris et appliqué cette règle. La jurisprudence considère que l'emploi de la formule « au plus tard au milieu du mois de juin » tombe sous l'application de l'article 284 al. 2.

La simple inexécution à l'échéance convenue constitue le débiteur en demeure sans qu'il soit besoin d'une sommation spéciale. Tout au contraire, l'emploi de la formule « environ (Zirka) jusqu'au milieu du mois de juin » n'est pas suffisante (1) pour faire jouer le deuxième alinéa de l'article 284. Dans ce cas une sommation est nécessaire pour constituer le débiteur en demeure. Il a été jugé (2) que dans une vente dont l'objet est « livrable au mois d'avril » le vendeur se trouve de plein droit constitué en demeure au premier mai. Quoique dans ce cas la date de l'exigibilité soit déduite de façon indirecte, elle est suffisante pour mettre en jeu le deuxième alinéa de l'article 284 BGB. De même une sommation n'est pas nécessaire quand l'exécution doit s'effectuer « le neuvième jour à partir d'aujourd'hui » (date du contrat) (3). La jurisprudence considère (4) que la date de l'exécution « a été fixée d'après le calendrier », chaque fois que l'acheteur devrait exiger et reprendre la prestation pendant une année par des fractions mensuelles. A la fin de l'année l'acheteur se trouve constitué en demeure sans sommation pour toutes les livraisons qu'il n'a pas exigées.

Comme nous le voyons, la jurisprudence se montre large et ne semble pas interpréter d'une manière littérale l'article 284. Car, dans une interprétation strictement littérale, on serait plutôt tenté de nier à cette date le caractère « d'époque fixée par le calendrier ».

(1) R. G. in *Verkehrsrundschau*, 1925, p. 30.

(2) R. G. Z., Bd 106, p. 89 ; R. G. in J. W., 1928, p. 84, n° 20.

(3) R. G. Z., Bd 103, p. 33.

(4) R. O. L. G., Bd 28, p. 68 ; R. G. in *Recht*, 1911, n° 2826.

La date de l'exigibilité des intérêts d'un prêt à consommation est fixée d'une manière légale par l'article 608 BGB. La jurisprudence (1) considère qu'à cette date, si le créancier n'en a pas disposé autrement, le débiteur est constitué en demeure de plein droit. Le débiteur est également constitué en demeure sans sommation, chaque fois que la date de l'exécution est une fête mobile (Pâques), la date de naissance d'une personne ou enfin une date qui peut se calculer d'après le calendrier. De même la stipulation de payer « deux semaines après qu'une transaction a acquis autorité de chose jugée » constitue de plein droit le débiteur en demeure (2). Mais les tribunaux (3) ont jugé que le fait de stipuler que le paiement suivra le congé, qui aura lieu le 1^{er} octobre, nécessite une sommation spéciale pour mettre le débiteur en demeure, car la date est établie d'après le calendrier, seulement pour le congé et non pour le paiement.

On pourrait reprocher à la jurisprudence de ne pas être uniforme et précise dans son ensemble. Car, dans certaines hypothèses elle admet que la sommation est superflue là où la date de l'exécution peut être précisée d'une manière ou d'une autre, même si ce n'est pas à proprement parler d'après le calendrier ; dans d'autres elle refuse d'adopter le même point de vue. Pour illustrer cette constatation nous allons exposer deux espèces qui ont été jugées en sens contraire :

Il a été jugé que le fait de s'engager « à la représentation d'une première pendant la grande saison théâtrale » ne constitue pas une stipulation d'une date fixée d'après le calendrier. La jurisprudence même le reconnaît (4). Mais d'après la loyauté et la confiance en usage dans les affaires cette date constitue tout de même le débiteur en demeure

(1) Karlsruhe Bad. Rsp., Bd. 29, p. 119.

(2) R. G. in J. W., 1931, p. 2160.

(3) R. G. in Soerg Rsp., 15 A. 284 ; R. G. in J. W., 1932, p. 1.052.

(4) R. G. in Recht, 1907, n° 1790.

sans sommation préalable. Dans cette hypothèse la Cour Suprême n'invoque plus l'article 284 du BGB., car elle se rend bien compte que cette date n'est pas fixée d'après le calendrier. C'est pourquoi recourt-elle au fameux article 242 du BGB. De cette manière elle arrive à établir, sinon la date, tout au moins l'espace de temps dans lequel cette date sera comprise. Mais cela ne supprime pas la nécessité d'une date certaine et d'une sommation. Pourtant, sans trop justifier son opinion, la Haute Cour considère la sommation comme superflue.

Dans un autre arrêt (1) la Cour Suprême a jugé que la date du paiement n'est pas fixée d'après le calendrier (et nécessite donc une sommation spéciale) toutes les fois que le paiement doit être effectué au moment de la livraison, si celle-ci doit avoir lieu au plus tard jusqu'au 1^{er} juin. Il est certain que dans ce cas la date est établie d'une manière plus nette que dans le cas précédent. Pourtant, la jurisprudence, plus sévère cette fois, refuse d'accorder au créancier l'avantage dont il bénéficie dans la première espèce. On ne peut pas concilier ces deux arrêts, ni affirmer que la jurisprudence soit uniforme dans son ensemble.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir si la date du paiement d'un contrat à livraisons successives devant avoir lieu « au 20 du mois qui suit chaque livraison » nécessite une sommation spéciale. Heymann (2) soutient que dans ce cas l'échéance est fixée d'après le calendrier. Au contraire, Staudinger (3) estime que cette date ne peut pas être considérée comme ayant été fixée d'après le calendrier, car la date des livraisons (sur la base desquelles est établie la date des paiements) est incertaine. Pourtant, la jurisprudence semble être en faveur de la première interprétation.

(1) R. G. in L. Z. 1924, Sp. 331 ; R. G. in Soerg Rsp., 1915, p. 284.

(2) MARBURG, 1913, p. 148, note 338.

(3) STAUDINGER, p. 337.

La jurisprudence ne donne donc pas à l'article 284 BGB. une interprétation restrictive et littérale. Tout au contraire, elle est large et estime qu'une date a été fixée d'après le calendrier dans le sens de l'article 284 du BGB., chaque fois qu'on peut établir de quelque manière que ce soit, sinon la date précise, du moins l'intervalle de temps dans lequel elle sera comprise. Pourtant, quelquefois, la jurisprudence est hésitante et contradictoire.

85. II. Une seconde hypothèse dans laquelle la sommation n'est pas nécessaire pour mettre le débiteur en demeure est celle prévue par l'article 284 al. 2, qui dispose : « Il en est de même (la sommation n'est pas nécessaire) lorsqu'un acte de dénonciation doit précéder la prestation et que l'époque, pour ce qui est de la prestation, est fixée de telle manière qu'elle doive se calculer d'après le calendrier à partir de la dénonciation ».

Dans ce cas l'exigibilité dépend d'un événement futur et certain dont la date est imprécise (la dénonciation) et d'un terme précis qui commence à partir de cet événement. Cette situation ne diffère pas beaucoup de celle étudiée précédemment. C'est pourquoi nous nous contentons de la mentionner sans entrer dans les détails.

86. Jusqu'ici la sommation était inutile parce que la loi en décidait ainsi expressément. En l'absence de textes la jurisprudence n'a pas hésité à proclamer l'inutilité de la sommation dans des hypothèses où l'équité justifiait cette solution.

III. Ainsi, le refus définitif du débiteur d'exécuter son obligation rend la sommation superflue. Dans cette hypothèse le débiteur se trouve constitué en demeure à partir de l'échéance sans qu'une sommation soit nécessaire. Son refus rend inutile la sommation. Car, si on le sommait, on ne constaterait pas autre chose que son refus. La déclaration anticipée du débiteur épargne au créancier une forma-

lité que justement cette déclaration a rendue superflue. La Cour Suprême (1), d'accord avec la doctrine dominante, avait décidé pour le droit commercial antérieur que la mise en demeure est superflue quand le vendeur a déjà déclaré qu'il ne livrerait pas, ne se considérant pas comme lié par le contrat.

Cette opinion est admise aujourd'hui, non seulement pour le nouveau code commercial, mais aussi le BGB., d'autant plus qu'il contient une solution légale pour une situation équivalente. Ainsi, les articles 295 du BGB. décident que le créancier « qui a déclaré qu'il n'accepterait pas la prestation » est constitué en demeure par une simple offre verbale de la part du débiteur et sans qu'une sommation spéciale soit nécessaire. De là les auteurs (2) ont conclu qu'il faut admettre la réciproque et décider que le refus du débiteur d'exécuter le met en demeure, sans que l'intervention d'une sommation soit nécessaire.

D'ailleurs, il serait inique de permettre au débiteur d'invoquer en justice l'absence d'une sommation bien qu'il ait déclaré d'une manière définitive et précise qu'il se refusait à exécuter (3). Le refus du débiteur produit le même effet s'il est fait avant l'échéance ou à sa date précise.

Sur ce point la doctrine (4) et la jurisprudence (5) sont d'accord.

87. IV. Le BGB. a repris le principe du droit commun, *semper in mora*, pour le débiteur qui doit restituer l'objet acquis au moyen d'actes illicites. Le débiteur est considéré comme ayant été sommé par le créancier de restituer l'objet

(1) R. G. Z., Rd 4, p. 69 ; Bd 7, p. 44.

(2) PAECH, *op. cit.*, p. 81.

(3) STAUDINGER, p. 338.

(4) STAUDINGER, p. 338 ; SOERGEL, p. 566 ; HAASE, *op. cit.*, p. 60 ; COSACK, p. 436 ; BRÜCKMANN, *D. I. Z.*, 1902, p. 220 ; ERLER, *Recht.* 1901, p. 421.

(5) R. G. Z., Bd. 52, p. 12 ; Bd. 67, p. 317 ; R. G. in J. W., 1925, p. 1748 ; 1902 p. 28.

acquis de la sorte. Donc aucune sommation spéciale n'est nécessaire de la part du créancier. Nous n'insistons pas davantage sur cette hypothèse.

88. V. Dans certains cas la sommation n'est pas nécessaire parce qu'elle irait à l'encontre du but même de la prestation due. Ainsi, dans l'obligation de notifier (*Anzeigepflicht*) on comprend que le débiteur soit constitué en demeure sans qu'une sommation soit nécessaire de la part du créancier (1). Le but de cette obligation est de donner communication au créancier d'un événement qu'il ignore et qu'il doit connaître. Obliger le créancier à une sommation préalable serait un non sens ; car si le créancier connaît l'événement, il serait absurde de sommer le débiteur de le lui notifier, et s'il ne le connaît pas, il est dans l'impossibilité matérielle de pouvoir sommer le débiteur.

De même la sommation ne peut pas être nécessaire pour des obligations qui sont basées sur une obligation de ne pas faire. On ne peut pas ici obliger le créancier à ne faire valoir ses droits qu'après une sommation au débiteur. La sommation ne pouvant intervenir que si le débiteur n'exécute pas, cela voudrait dire que la première inexécution d'une obligation consistant dans un *non faciendo* serait toujours excusable, car c'est seulement ensuite qu'une sommation pourrait intervenir. Aussi dans une semblable obligation, le créancier peut faire valoir ses droits à la première inexécution de la part du débiteur et sans qu'il ait besoin de le sommer.

89. Nous avons insisté plus longuement sur les hypothèses où la sommation est superflue parce que sur ce point il y a une grande différence entre les systèmes français et allemand. Les rédacteurs du Code Civil français (2) ont

(1) STAUDINGER, p. 339 ; WARNEYER, p. 556.

(2) LEPELTIER, thèse citée, p. 178.

abandonné le principe *dies interpellat pro homine*. De cette manière, le débiteur n'est réellement en faute que si le créancier l'a sommé effectivement d'exécuter son obligation. Et le fait d'avoir prévu dans le contrat une date précise d'exécution n'est pas susceptible de remplacer ou de rendre superflue la sommation du créancier. Sur ce point l'opposition entre les deux systèmes est aussi nette que possible. Le système allemand marque un avantage au point de vue de la simplicité. Mais il le perdra par la suite en exigeant d'autres formalités onéreuses et compliquées.

SECTION II

DU DÉLAI CONVENABLE

90. Le créancier doit fixer au débiteur (déjà mis en demeure) un délai convenable en vue de l'exécution. C'est la seconde formalité exigée par l'art. 326.

On se demandait à partir de quel moment le créancier a le droit de fixer un délai au débiteur. A cette question le BGB. répond d'une manière indirecte. Des termes de l'art. 326 il résulte que : « lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties se trouve en demeure par rapport à la prestation qui lui incombe, l'autre partie peut lui fixer un délai convenable... ». Donc, c'est seulement à partir du moment où le débiteur se trouve en demeure que le créancier peut lui fixer ce délai convenable. L'établissement du délai doit être précédé par deux phases juridiques : inexécution à l'échéance, sommation. De cette suite logique, il résulte *a contrario* que le délai ne peut jamais être fixé avant la sommation ou en même temps qu'elle. Otto Marx (1), après une analyse de l'art. 326, aboutit à la même conclusion. Il affirme notamment qu'un délai ne peut être fixé qu'après que le débiteur a été constitué en demeure.

(1) Otto MARX, *Zür Auslegung des 326 BGB*, J. W., 1924, p. 1584.

Or, pour cela il faut, conformément à l'art. 284 BGB., qu'une sommation intervienne après inexécution à l'échéance. C'est pour cela qu'il paraît illogique de parler d'un délai fixé avant la sommation ou en même temps qu'elle. La mise en demeure est le résultat de l'inexécution qui suit la sommation. Or, ce fait s'oppose à l'établissement d'un délai en même temps que la sommation ou avant elle.

C'est une opinion diamétralement opposée qui est soutenue par Planck-Sieber (1) qui admet qu'un délai peut être établi même avant la demeure du débiteur, mais au cas où celle-ci aurait lieu et avec des effets à partir de la demeure. Il n'appuie cette opinion sur aucun argument spécial.

91. La jurisprudence l'a repoussée constamment en décidant (2) qu'un délai fixé prématurément (avant la sommation) est sans effet juridique. La majorité de la doctrine (3) ainsi que la jurisprudence, se sont ralliées à une opinion intermédiaire.

Dans le droit commercial, la nécessité de rapidité et le besoin de simplicité et de manque de formalités se font sentir plus vivement que dans n'importe quel autre domaine du droit. Or les commentateurs du Code de Commerce antérieur au BGB. avaient admis qu'on peut lier l'établissement du délai à la sommation. La même chose était admise par la jurisprudence interprétant l'ancien Code de Commerce (4).

Donc, les auteurs modernes ainsi que la jurisprudence actuelle (5) ne font que continuer une vieille tradition juri-

(1) PLANCK SIEBER, Vol. II, p. 156 ; von TUHR, Vol. II, p. 391.

(2) R. G. Z., Bd 93, p. 180 ; Bd 69, p. 205 ; R. G. in J. W., 1910, p. 332 ; R. G. in L. Z., 1924, p. 414.

(3) STAUDINGER, p. 511 ; OERTMANN, p. 289 ; SOERGEL, p. 630 ; WARNEYER, p. 639 ; STAUD HGB., Vol. III, p. 1125 ;

(4) R. O. H. G., Bd 10, p. 241 ; Bd 12, p. 285.

(5) R. G. in J. W., 1904, p. 536 ; R. G. in Warn E., 1921, n° 139 ; R. G. in LZ, 1920, Sp. 481 ; R. O. L. G., Bd 28, p. 76.

dique. Ainsi la Cour Suprême (1) a affirmé que « en ce qui concerne l'article 326 du BGB. il ne peut exister aucun doute juridique quant à la possibilité d'admettre la liaison entre ces deux faits : le délai et la déclaration par laquelle on refuse d'accepter la prestation après l'expiration du délai et la sommation ». Dans une autre espèce elle a affirmé également (2) « qu'il est admis par la jurisprudence que la sommation constituant la demeure peut être liée à l'établissement du délai ».

Si cette solution est contraire à la lettre de l'article 326, ainsi qu'à la succession des faits qu'il implique, elle a pourtant l'avantage de la simplicité. En effet, par une seule et même formalité on satisfait à plusieurs conditions différentes. Ainsi il suffit d'un seul et même écrit pour réaliser (3) : *a*) l'offre nécessaire dans un contrat synallagmatique de la contre-prestation ; *b*) la sommation qui met le débiteur en demeure ; *c*) le délai d'exécution ; *d*) l'avis comminatoire de refuser la prestation après l'expiration du délai.

Il faut ajouter que ces formalités ne sont pas aussi nombreuses qu'il semblerait au premier abord. En effet, il ne faut pas oublier que le droit allemand connaît le principe *dies interpellat in homine*. Dès lors il résulte que l'établissement du délai et l'avis-déclaration sont les seules formalités qui réclament une mention spéciale. Donc, pour éviter un formalisme rigide et inutile, la jurisprudence n'a pas hésité à détourner le sens explicite de l'article 326.

92. Suivant cette jurisprudence, c'est à l'échéance même, et pas avant, qu'un délai convenable peut être fixé. Un délai fixé avant l'échéance serait en opposition avec la lettre de l'article 326, car avant l'échéance, non seulement le débiteur n'est pas en demeure, mais on peut même dire

(1) R. G. Z., Bd. 50, p. 262.

(2) R. G. Z., Bd. 106, p. 90.

(3) STAUB, *op. cit.*, p. 1126.

qu'il ne doit rien, car « celui qui doit au terme ne doit rien ».

Pourtant la jurisprudence n'a pas hésité non plus à considérer comme valables des délais fixés quelques heures avant l'échéance, mais le même jour que celle-ci. La Cour Suprême (1), à propos d'une de ces espèces, a déclaré : « Les déclarations (fixant le délai) faites avant la mise en demeure ne sont pas toujours juridiquement inefficaces, en particulier elles sont valables quand elles sont intervenues le jour de l'échéance, mais quelques minutes avant l'arrivée de celle-ci ». Dans le même sens on peut citer plusieurs arrêts (2). Les auteurs (3) approuvent cette solution en ajoutant que c'est l'équité qui la commande.

93. On s'est demandé combien de temps dure le droit du créancier relatif à la fixation de ce délai. Le BGB. ne répond pas à cette question. Son silence, dans un système où la résolution n'est pas prononcée par les tribunaux, mais déclarée par la partie intéressée elle-même, risquait d'ouvrir la porte à l'arbitraire et de mettre à la disposition du créancier un moyen de spéculer sur les chances du débiteur. C'est pourquoi la jurisprudence, en appliquant les principes généraux de la bonne foi contractuelle et de l'équité, a nettement limité dans le temps ce droit du créancier. Ainsi, elle a décidé que le créancier qui, dans une intention déloyale, tarde trop à fixer le délai, a renoncé à le faire. Nous étudierons cette jurisprudence plus loin (4).

94. De l'article 326 du BGB. même, il résulte que le but du délai est de permettre au débiteur d'exécuter l'obligation contractuelle. Cet article dit que le créancier peut : « fixer un délai convenable pour effectuer la prestation ».

(1) R. G. in Recht, 1908, n° 271.

(2) R. G. in LZ, 1908, Sp. 162, n° 26 ; R. G. in LZ, 1914, Sp. 855.

(3) STAUDINGER, p. 511.

(4) Voir *infra*, n°s 164 et 165.

Le délai fixé dans le but de permettre au débiteur de déclarer s'il est prêt à exécuter le contrat, ne peut pas être considéré comme étant un délai du sens de l'article 326 et ayant les mêmes effets (1). Etant donné que le délai est accordé par le créancier après l'échéance et après la mise en demeure du débiteur, il résulte qu'il s'agit d'un vrai délai de grâce. Le délai de grâce est d'une application exceptionnelle en droit français et n'est accordé par les tribunaux que dans les cas où l'équité semble l'exiger. Il devient ainsi en droit allemand une institution normale, toujours applicable dans le cas de l'art. 326 al. 1^{er} du BGB. Ce droit « fondé sur l'humanité... tendant à venir au secours de celui que des circonstances malheureuses ont empêché de remplir, à jour fixe, les engagements qu'il a contractés (2) », devient ainsi toujours applicable ; donc même dans des circonstances normales. C'est un point caractéristique du droit allemand. En même temps c'est un des points où la différence entre le système légal allemand et français est la plus frappante.

En droit français le droit d'accorder un délai de grâce pour exécution après l'échéance est une faculté donnée aux tribunaux et justifiée par des circonstances exceptionnelles. Il constitue « une violation de la loi du contrat » (3), et une faveur accordée au débiteur pour des raisons d'équité. De l'art. 1184 du Code Civil français, il résulte que le juge peut accorder un délai « selon les circonstances ». Ces circonstances ne sont pas définies par le législateur. Ce sont des faits sur lesquels portera le large pouvoir d'appréciation des juges. Le tribunal, autorité impartiale et supérieure aux parties en cause, accordera le délai de grâce seulement dans des conditions spéciales. Il l'accordera seulement quand l'équité exige qu'on protège un débiteur qui

(1) R. G. Z., Bd 101, p. 399 ; Recht, 1915, n° 481 ; 1922, n° 415 ; Seuff A., Bd. 77, p. 117 ; Bd. 79, p. 105.

(2) Rapport du Tribun Favart au Tribunat Fenett, XIII, p. 327.

(3) LEPELTIER, thèse citée, p. 287.

s'avère, par ses actes, son attitude et sa bonne foi, digne de protection. Car, en droit français, le délai de grâce est facultatif et non obligatoire.

Au contraire, dans le système allemand et dans l'hypothèse que nous étudions, le délai de grâce est obligatoire. Il résulte du texte de la loi que le créancier est obligé de l'accorder au débiteur dans l'hypothèse de l'art. 326. Par là, le débiteur est encouragé à ne pas exécuter à la première échéance, car celle-ci sera toujours suivie d'un délai de grâce pendant lequel il pourra exécuter. La fixation de ce délai est obligatoire pour le créancier qui, pas plus que le tribunal, n'aura pas le droit d'apprécier si le débiteur mérite une telle protection. Dans le système allemand les tribunaux auront tout de même un pouvoir d'appréciation, mais celui-ci portera sur la durée du délai de grâce et non sur son opportunité.

95. Cette obligation (car c'est bien une obligation) pour le créancier d'accorder un délai de grâce est une résultante du système allemand où la résolution n'est pas judiciaire. Le délai devient l'œuvre des parties et non du tribunal.

D'une manière générale le BGB. (1) a donné au délai un caractère privé là où il était légal ou judiciaire. Mais le délai judiciaire est accordé *cognita causa* et après la confrontation contradictoire des intérêts des parties. Il constitue un compromis entre les intérêts divergents des parties.

Comme le BGB. a écarté l'intervention des tribunaux du domaine de la résolution, il s'est trouvé qu'aucune instance ne pouvait juger et apprécier dans chaque hypothèse spéciale, si le débiteur méritait ou non un délai de grâce. On ne pouvait pas transférer au créancier, sans risques, cette faculté d'appréciation. Car on était certain que le créancier ne reconnaîtrait jamais pour le débiteur le mérite d'un

(1) ROMEICK, *op. cit.*, p. 38 ; Motive, II, p. 54.

délai de grâce. Mettre ce pouvoir souverain d'appréciation à la portée du créancier, c'eût été rendre le délai de grâce inapplicable, parce qu'aucun créancier n'eût voulu l'accorder au débiteur contre ses propres intérêts. C'était humain d'ailleurs. Les rédacteurs, pour écarter les risques qu'aurait cachés la remise entre les mains du créancier du délai de grâce facultatif, l'ont rendu obligatoire.

Mais il y a aussi un autre motif qui les a poussés à cette décision. Dans le premier projet, le créancier ne pouvait faire usage de la résolution que s'il prouvait qu'à cause du retard il n'avait plus d'intérêt à l'exécution. S'apercevant que c'était une preuve extrêmement difficile à rapporter et que le créancier avait des chances de succomber, ils ont préféré la remplacer par une présomption. Si le créancier n'obtenait pas la prestation pendant le délai qu'il accordait au débiteur avec la déclaration de refus après expiration du délai, il était présumé ne plus avoir d'intérêt à l'exécution et pouvant déclarer la résolution. La preuve remplacée par une présomption, était rendue superflue ; cette présomption naissait en faveur du créancier par l'accomplissement des formalités légales de l'art. 326.

Les rédacteurs ne voulaient pas accorder au créancier le droit de résoudre le contrat immédiatement et directement après l'inexécution à l'échéance (car ils estimaient que c'était aller trop loin pour le droit allemand). Alors, ils l'ont fait dépendre de l'accomplissement de certaines conditions préalables. Parmi celles-ci figure la fixation d'un délai.

De la part du créancier, il était nécessaire pour éloigner la date de la résolution de celle de l'échéance. De la part du débiteur il était nécessaire pour augmenter ses chances d'exécution.

96. Seulement les rédacteurs du BGB. n'ont pas vu qu'en rendant le délai obligatoire, ils lui enlevaient le caractère de délai de grâce (qui est une faculté et non une obligation).

Ils ne se sont pas aperçus qu'ils offraient ainsi au débiteur une prime à l'inexécution. Car le débiteur ne s'efforcera pas d'exécuter à l'échéance du moment qu'il sait avoir droit ensuite à un délai convenable.

En outre ils n'ont pas vu que c'était porter une atteinte flagrante à la loi du contrat. Car à la volonté des parties qui ont stipulé une échéance on en substitue une autre. Obliger le créancier à accorder toujours un délai de grâce au débiteur, c'est l'obliger à renoncer à l'échéance initiale et se contenter d'une exécution ultérieure. En même temps ce n'est pas prendre en considération l'élément temps qui peut avoir une importance capitale dans la conclusion du contrat. Aussi cette règle a-t-elle reçu beaucoup de tempéraments de la part de la jurisprudence.

Enfin, les rédacteurs ne se sont pas rendu compte que par là ils obligeaient le créancier à traiter d'une manière égale et sans distinction tous les débiteurs, de bonne ou de mauvaise foi, comme si tous étaient dignes de la même protection. Ce délai de grâce « obligatoire » n'est certainement pas une des trouvailles les plus heureuses du droit allemand.

Le délai de grâce est justifié par l'équité qui exige qu'on intervienne en faveur du débiteur malchanceux mais qui par son attitude a fait preuve de ses bonnes intentions et de sa bonne foi. Il s'ensuit que le délai de grâce doit être accordé exceptionnellement, quand les circonstances l'exigent, et seulement au débiteur de bonne foi. C'est enlever toute raison d'être à ce délai que de le rendre obligatoire, applicable toujours et sans discernement à tout débiteur de bonne ou de mauvaise foi. Pourtant le droit allemand a cru devoir le faire.

Mais pour mesurer la différence qui sépare les deux systèmes il faut ajouter que le droit français, lui aussi, reconnaît au débiteur, après inexécution à l'échéance, un certain délai de grâce, délai qui résulte ici d'une manière indirecte du système lui-même. L'action en justice « équivaut

à lui accorder automatiquement, comme un premier délai de grâce, puisque l'exécution est possible pendant toute l'instance » (1). Ainsi, malgré les différences relevées, on peut remarquer une certaine similitude de fait, sinon de droit (2).

97. Le délai est accordé dans le but de permettre au débiteur l'exécution de sa prestation. Sera qualifié de convenable le délai qui permettra d'atteindre ce but. C'est une question de fait (3) exigeant un large pouvoir d'appréciation de la part des tribunaux. D'après les termes de l'article 326 le délai doit être convenable. Seulement la loi n'explique pas ce qu'elle entend par ces termes.

Au début, certains auteurs (4) estimaient que l'exigence de la loi était suffisamment satisfaite, du moment que le créancier déclarait qu'il « fixe un délai convenable », mais sans préciser sa durée. Staub (5) combattait cette opinion et déclarait qu'on doit satisfaire, non seulement à la formule de la loi, mais aussi à son sens, et alors il faut bien établir un délai. La discussion qu'on retrouve chez Romeick (6) est déjà ancienne et sans intérêt pratique car la jurisprudence a tranché la question depuis longtemps.

Nous allons procéder à un examen jurisprudentiel pour savoir ce que les tribunaux entendent par délai convenable. Dans une première série d'arrêts la jurisprudence a posé le principe suivant : le délai a pour but, non le fait de permettre au débiteur de commencer l'exécution, mais de lui permettre d'achever une exécution déjà commencée. La Cour Suprême (7) a affirmé d'une manière très nette que :

(1) LEPEITIER, thèse citée, p. 80.

(2) NECHITCH, thèse citée, p. 51.

(3) FRANCKENBURGER, p. 548.

(4) ROMEICK, *op. cit.*, pp. 34-35 ; SCHOLMEYER, pp. 7-31.

(5) STAUB, *Excurs.*, art. 3774 HGB. Anm. 77.

(6) ROMEICK, *op. cit.*, pp. 34-35.

(7) R. G. in Recht, 1923, n° 720.

« D'après la jurisprudence, le délai n'est pas établi pour procurer au débiteur la possibilité de commencer dès ce moment l'exécution ; il doit lui accorder une dernière possibilité d'achever complètement une exécution déjà commencée ».

A propos d'une autre espèce la Cour Suprême a (1) employé une formule à peu près identique : « le délai doit être convenable seulement dans la mesure où il mettra le débiteur en retard dans la situation de terminer complètement l'exécution déjà commencée ; il ne doit pas être assez long pour lui permettre de commencer et d'achever une exécution qu'il n'a pas encore mise en mouvement ». Toute la jurisprudence est en ce sens (2).

Donc, d'un premier principe posé par la jurisprudence il résulte qu'un délai est convenable quand il permet au débiteur d'achever une exécution déjà commencée. Le débiteur ne pourra pas se plaindre que le délai n'est pas convenable en invoquant le motif qu'il n'a pas été assez long pour lui permettre de commencer et d'achever l'exécution. De la sorte, tous les débiteurs qui par négligence ou mauvaise volonté n'avaient même pas commencé l'exécution à l'échéance, seront privés du bénéfice du délai convenable.

Entre un délai convenable compris de telle manière et le délai de grâce du droit français, il ne subsiste guère des différences importantes. Tous deux ont également en vue les intérêts du créancier et de la bonne foi du débiteur. Ainsi les tribunaux ont corrigé ce que le principe du délai convenable obligatoire avait de trop rigide et injuste.

Mais la jurisprudence dirige aussi ses investigations dans un autre sens. Elle a affirmé que (3) : « le délai n'a pas pour but de mettre le débiteur en état de commencer à ce

(1) R. G. in *Recht*, 1910, n° 4.061.

(2) R. G. in *Recht*, 1912, n° 1757 ; 1908, n° 270 ; *Seuff A* 75, n° 195 ; R. G. in *LZ*, 1922, Sp. 117 ; R. G. in *J. W.*, 1924, n° 1245.

(3) R. G. Z., Bd 89, p. 125.

moment seulement l'accomplissement de l'exécution ; il doit accorder une dernière chance d'achever une exécution déjà commencée ». Après cette clause qui est de style pour la jurisprudence allemande, l'arrêt ajoute : « Le caractère convenable du délai est à apprécier, non seulement en ce qui concerne le débiteur en retard, mais encore et surtout d'après les intérêts du créancier ». Donc, un délai est convenable quand il permet au débiteur de terminer une exécution déjà commencée, mais cela dans la limite des intérêts du créancier. Ce sont les deux éléments qui rentrent dans l'appréciation du caractère convenable du délai, qui est en somme un compromis entre les deux.

La Cour Suprême (1) a décidé qu'un délai même court doit être considéré comme convenable, quand le débiteur se trouvait depuis longtemps en demeure ; quand il résulte des faits que quelques jours suffisent (2). Il a été jugé que la sommation « d'effectuer immédiatement la prestation » promise n'accorde pas, en cas d'inexécution, au créancier le droit de résilier le contrat, car cette formule n'équivaut pas à la fixation d'un délai (3). Il a été jugé aussi (4) que l'emploi du terme « immédiatement » ne peut pas faire de l'acte qui le contient un *Fixgeschäft*. Tout de même il donne droit à l'établissement d'un délai très court. Ainsi, le débiteur qui devrait déposer une somme d'argent à la banque immédiatement après que cela lui a été prescrit devrait se contenter d'un délai de deux jours. Il est certain que le délai pour le paiement d'une somme d'argent peut être plus court que pour l'exécution d'une obligation d'une autre nature (5). Il a été jugé aussi que le délai doit être plus long quand celui qui l'accorde avait d'abord refusé d'exécuter.

(1) R. G. in Recht, 1919, n° 1766.

(2) R. G. in Recht 1919, n° 1776 ; R. G. in Recht, 1919, n° 1062.

(3) R. G. in R. O. L. G., Bd. 18, p. 860 ; R. G. in Recht, 1920, n° 1797.

(4) R. G. in Recht, 1916, n° 921.

(5) O. L. G. Hambourg in Hans G. Z., 1921, p. 45 ; L. Z., 1927, Sp. 1210.

Cela parce que l'autre partie avait pris des mesures qui tenaient compte du refus.

Les tribunaux se réservent le droit d'apprécier souverainement chaque cas et de doser leur solution. Ainsi, dans une espèce, il s'agissait d'un contrat de vente conclu verbalement le 28 avril. Le prix devait être déposé immédiatement à une banque pour le compte du défendeur. Par une lettre du 29 avril le réclamant confirme le contrat et déclare qu'il va payer le lendemain (30 avril). Le 30 avril le vendeur lui envoie un télégramme (13 h. 49) en lui fixant un délai de paiement jusqu'au 1^{er} mai à 10 h. du matin (avec la déclaration de résoudre le contrat au cas où ce délai ne serait pas observé). L'acheteur dépose le prix le 1^{er} mai entre 10 h. 3/4 et 11 h. 3/4. La somme n'était pas entrée dans le compte du vendeur à 10 h. 1/4, heure à laquelle celui-ci s'était informé des sommes qu'on avait déposées à son compte. Le 1^{er} mai, à 11 h. 53, il déclare la résolution du contrat. Le réclamant objecte que le délai était trop court et qu'il n'était pas convenable. Il soutient encore que dans ce délai trop court il ne pouvait se procurer l'argent par la banque. Il dit enfin que le délai avait été établi trop juste intentionnellement. Le vendeur voulait que le réclamant ne puisse pas exécuter pour pouvoir résoudre le contrat et contracter ensuite avec un tiers qui lui avait fait une offre meilleure. La Cour n'a pas partagé ce point de vue. Elle a rejeté l'appel de l'acheteur, considérant que le caractère convenable du délai résulte aussi de la volonté des parties.

Il a été jugé (1) dans ce sens que si les parties ont établi la durée du délai, on ne peut plus procéder à un examen de sa convenance. De même le débiteur ne peut plus attaquer le caractère convenable du délai alors qu'il s'est déclaré d'accord avec le délai fixé (2).

(1) R. G. in Recht, 1924, n° 624.

(2) R. G. in Recht, 1197, n° 793.

98. Pour conclure sur ce point nous dirons que l'intervention des tribunaux n'a pas été écartée. En effet les tribunaux se sont réservé le droit d'apprécier la convenance du délai fixé par le créancier. C'est le créancier qui fixe le délai, mais c'est le tribunal qui contrôle s'il est ou non convenable. Le contrôle des tribunaux s'exerce *a posteriori*. En somme, on peut dire que ce n'est pas la volonté du créancier mais bien celle des tribunaux qui triomphe.

La jurisprudence a posé certaines règles en ce qui concerne la convenance du délai. Le créancier sera obligé d'une façon générale de les respecter, sinon les tribunaux les appliqueront.

Pour qu'un délai soit convenable il devra tenir compte des intérêts du créancier, de ceux du débiteur (1) et dans une certaine mesure de sa bonne foi, du but du contrat, enfin de certaines circonstances particulières qui entourent l'obligation, comme la volonté expresse des parties ou bien la nature de l'obligation.

« Le délai convenable est celui qui, eu égard aux rapports juridiques et aux circonstances de chaque cas particulier, doit être accordé avec équité, pour effectuer la prestation (2). » Cela, non pas pour une seule partie, mais pour les deux parties par rapport au but du contrat (3).

On voit que dans l'appréciation de la convenance du délai rentrent à peu près les mêmes éléments (4) que dans celle de l'établissement du délai de grâce en droit français.

Un silence prolongé, une longue tolérance du créancier ou enfin la volonté des parties, peuvent constituer des éléments influant sur le caractère convenable du délai jusqu'à

(1) FRANKERBÜRGER, *op. cit.*, p. 548.

(2) PLANCK, p. 24.

(3) OERTMANN, p. 69 ; WARNEVER, I, p. 641 ; FRANKENBÜRGER, *op. cit.*, p. 548.

(4) LEPELTIER, *th. cit.*, p. 286 s. ; DIMITESCO, thèse citée, p. 157 ; NECKITCH, thèse cit., p. 106.

lui enlever toute portée pratique, en faisant de son accomplissement une simple formalité (1).

Mais si le délai convenable se rapproche du délai de grâce dans son caractère et dans sa fonction, c'est grâce à l'intervention des tribunaux, qui ont su remplacer l'appréciation arbitraire du créancier par leur appréciation impartiale et équitable. Ainsi ce que la règle du délai obligatoire contenait de mécanique, d'abstrait, de rigide, a été remplacé par une large appréciation des circonstances eu égard à l'équité.

99. Le délai peut être non convenable de deux manières : il peut être ou trop court, ou trop long. Aucun débiteur ne s'est jamais plaint que le délai accordé était trop long. Si cette faveur ne lui convient pas, il n'a qu'à exécuter plus tôt ! C'est pourquoi par délai non convenable on entend délai trop court.

100. Nous devons nous demander quels sont les effets juridiques d'un délai trop court. Sur ce point la doctrine se trouve divisée. Un premier groupe d'auteurs (2) est d'avis qu'un délai trop court n'est pas valable. D'après la loi, disent-ils, le délai doit être convenable pour produire ses effets. Or celui qui est trop court, n'étant pas convenable, ne peut pas produire ses effets ; donc, il est juridiquement inefficace.

L'expiration du délai apporte certains changements dans la situation juridique des parties. La loi a fait dépendre ces changements uniquement de la volonté du créancier. Or, cette seule volonté peut décider à quel moment ces changements auront lieu. Les mêmes auteurs font remarquer

(1) Voir jurisprudences précitées, *supra*, n^{os} 97 s.

(2) PLANCK, p. 24 ; SCHOLMEYER, p. 91 ; COSACK, p. 121 ; CROME, p. 151 ; KAUFMANN, *Komentar*, v. II, p. 41 ; OTTO, *Sächsische Verträge*, p. 252.

que cette certitude est également au profit de l'autre partie à laquelle elle procure la sécurité.

« Les changements juridiques doivent avoir lieu au terme fixé ou pas du tout : dans le premier cas, le délai est convenable ; dans le second, le délai ne l'est pas et de ce fait l'autre partie conteste le changement apporté à ses droits par l'établissement du délai (1). » Une autre opinion est soutenue par la majorité de la doctrine (2). Il serait inéquitable de considérer un délai trop court inefficace comme ne liant pas le créancier. D'un autre côté le débiteur est obligé de prêter seulement dans les limites d'un délai convenable. Aussi le délai en lui-même est efficace et la discussion ne porte que sur sa durée.

101. La jurisprudence a donné une solution logique et équitable à la fois. Ainsi, elle (3) a décidé qu'un délai non convenable (trop court) en met un autre convenable en mouvement. Dans une espèce semblable, la Cour Suprême (4) a fait valoir tous ses arguments. Il s'agissait de la vente d'une propriété ; le 4 novembre le vendeur fixe un délai de trois jours pour le paiement du prix. Vu l'inexécution du paiement par l'acheteur le 2 décembre il vend la propriété à un tiers. La Cour Suprême estime que : « La durée du délai que le créancier fixe au débiteur n'est pas définie par la loi ; celle-ci laisse au créancier la détermination du délai ; elle exige qu'il soit convenable. Pour cela, le délai doit correspondre à l'équité. Quand le créancier, pour obtenir l'exécution du contrat, use du moyen que la loi lui accorde et fixe un délai au débiteur, la Cour doit

(1) PLANCK, p. 25.

(2) PAECH, *op. cit.*, p. 157 ; PESKATORE, *Wahlschuldverhältnisse*, p. 230 ; SÄNGER, *Verzug bei Kauf*, 1902, p. 14 ; STAUB, p. 1120 ; TITZE, *op. cit.*, p. 147 ; STAUDINGER, p. 514 ; Kipp zu Windscheid, II. p. 100 ; OERTMANN, p. 70 ; DERNBURG, II, parag. 33 ; WENDT, *Arch. Ziv. Prax.*, Bd. 92, p. 193.

(3) R. G. in Recht 1919, n° 1060.

(4) R. G. Z., Bd. 62, p. 66.

rectifier l'erreur du délai trop court si le débiteur s'en trouve gêné et décider quelle durée doit avoir le délai pour être considéré comme convenable. La prestation offerte par le débiteur pendant ce délai doit être acceptée par le créancier, comme l'exécution du contrat. Mais si, comme dans le cas présent, le débiteur n'a pas du tout offert la prestation, après l'expiration du délai considéré par la Cour comme convenable la déclaration du créancier, quant au refus d'accepter la prestation et quant à la résolution, devient efficace ».

Les tribunaux se réservent le droit d'apprécier la convenance du délai, eu égard aux circonstances, par rapport aux intérêts des parties et au but du contrat. Quand par rapport à tous ces critères le délai s'avère trop court, les tribunaux (1) n'hésitent pas à le prolonger pour arriver ainsi à atteindre le but du contrat. Ils rendent à un délai le caractère convenable après une appréciation souveraine des circonstances, substituant ainsi leur propre volonté à celle du créancier.

102. Mais l'intervention des tribunaux s'exerce d'une manière plus efficace et plus active encore dans une question intimement liée à celle-ci. Il y a des cas où le créancier veut faire de la prescription légale du délai une simple formalité dont l'accomplissement lui donnera le droit de résilier le contrat. Il y a des hypothèses où après l'inexécution à l'échéance le créancier veut résilier le contrat et non poursuivre son exécution. Mais ce droit ne lui est pas assuré d'une manière directe par l'inexécution du débiteur. Pour y arriver il doit encore remplir la formalité du délai et celle de la déclaration. Le délai convenable a justement pour but de permettre l'exécution de l'obligation. Or, il se trouve que le créancier ne veut plus poursuivre l'exécution

(1) Dans ce sens R. G. Z., Bd 56, p. 231 ; Bd 62, p. 68 ; Bd 106, p. 89 ; R. G. in J. W. 1904, p. 192 ; 1905, p. 17 ; L. Z. 1907, Sp. 287 ; Recht, 1907 n° 3777 ; 1919, n° 1059 ; 1926, n° 1344.

du contrat, mais bien au contraire : la résolution. La loi ne lui permet pas de le faire avant d'avoir poursuivi l'exécution. C'est seulement après avoir poursuivi sans succès l'exécution en nature que le créancier aura le droit de faire usage de la résolution. Ici réside une des différences capitales qui séparent le système juridique allemand de celui français. Nous aurons l'occasion d'y revenir et de prouver qu'elle n'est pas à l'avantage du système allemand. De cette contradiction qui existe entre le fait que le créancier, par l'accomplissement des formalités légales, vise à obtenir le droit de résolution, tandis que la loi, par les mêmes formalités, veut qu'il poursuive l'exécution en nature, résultent des inconvénients pour le créancier. Un exemple va nous éclairer à ce sujet : supposons qu'un commerçant achète 20 wagons d'un produit fabriqué quelconque. A l'échéance on lui livre seulement 8 wagons ; pendant ce temps une autre maison s'offre à lui faire une importante réduction s'il achète par grandes quantités (20 wagons). Il est certain que le créancier a intérêt dans ce cas de tirer parti de l'inexécution partielle du premier fabricant pour résoudre le premier contrat et pouvoir ensuite signer le contrat avec la deuxième firme. Mais il ne pourra pas déclarer la résolution avant d'avoir fixé au débiteur un délai convenable pour exécuter. Il tâchera de fixer sciemment un délai susceptible de priver le débiteur de toute chance d'exécution en nature en vue d'obtenir ainsi la résolution désirée. Seulement ce plan sera déjoué par l'intervention du tribunal qui prolongera le délai trop court afin de le rendre convenable.

Mais l'intervention des tribunaux ne se limite pas à cela. Leur examen va plus loin. Les tribunaux se sont arrogé le droit d'examiner l'intention du créancier. Et chaque fois qu'ils se rendent compte que l'établissement d'un délai trop court est dicté par une intention déloyale, ils déclarent ce délai dépourvu de tout effet juridique. Cette fois, vu l'intention déloyale du créancier, on prononce contre lui une

véritable peine civile. La Cour Suprême l'a affirmé d'une manière formelle dans une des espèces (1) sur lesquelles elle a eu à se prononcer. « L'établissement d'un délai convenable conformément à l'art. 326 reste dominé par la notion de la bonne foi contractuelle requise par l'art. 242; elle défend que le délai soit établi dans une intention déloyale et comme moyen d'abus ou de libération d'un contrat onéreux ou se révélant ultérieurement défavorable. Bien plus, il faut que l'établissement du délai soit dominé par la volonté loyale des parties d'exécuter le contrat et par le principe du droit contractuel *pacta sunt servanda*. C'est pourquoi, si le créancier qui en fixant un délai trop court s'est laissé guider surtout par l'intention de se libérer du contrat en vue d'en conclure un autre plus favorable, il ne faut pas qu'une telle mauvaise foi contraire au droit reçoive la protection de la justice... »

Dans un autre arrêt la Cour Suprême (2) reprend la même formule disant que : « la justice ne peut protéger l'attitude de mauvaise foi contractuelle de celui qui est guidé dans l'établissement d'un délai trop court, moins par la volonté de recevoir la prestation de l'autre partie que par l'intention de se libérer du contrat pour pouvoir ensuite contracter une vente plus favorable ». Toute la jurisprudence est en ce sens (3). La Cour Suprême (4) exprime la même idée dans une espèce identique : « Si le créancier, pour obtenir le droit de l'art. 326, fixe intentionnellement un délai trop court, et par cette seule déclaration ou par une autre en liaison avec d'autres faits, exprime l'idée que si la prestation due ne suit pas dans le délai fixé même si

(1) R. G. in Recht, 1911, n° 300.

(2) R. G. Z., Bd. 56, p. 242.

(3) R. G. Z. Bd. 72, p. 70 ; R. G. in J. W., 1911, p. 765 ; R. G. in Recht, n° 2335 ; D. J. Z., 1911, p. 1390 ; L. Z. 1925, Sp. 856 ; R. G. Warn E., 1925, p. 167 ; R. G. D. R. Z. 1925, p. 457.

(4) R. G. in J. W., 1911, p. 955.

elle s'effectue dans le délai convenable, il ne l'acceptera en aucune façon. Dans ce cas il semble juste de refuser à un délai ainsi établi les effets de l'art. 326 al. 1^{er} ». Il est clair qu'ici la fixation du délai trop court est dictée par une intention que les tribunaux qualifient de déloyale. En effet, le créancier au lieu de poursuivre l'exécution du contrat, en fixant un délai insuffisant ne fait que poursuivre la résolution. C'est pourquoi la jurisprudence se montre sévère et déclare ce délai inefficace.

La jurisprudence ne s'est pas contentée d'un rôle passif consistant à examiner *a posteriori* (et quand le débiteur le demande) la convenance du délai et éventuellement sa prolongation. Elle a entendu jouer un rôle plus utile. Gardienne non seulement de la loi, mais aussi de la justice, elle a prononcé contre le créancier déloyal une véritable peine civile. Car c'est dans ce sens que nous devons interpréter la jurisprudence analysée. Dans les deux cas, le délai n'est pas convenable ; donc, dans les deux cas les tribunaux devraient l'allonger pour le rendre convenable. Mais ils ont tenu à faire une discrimination fondée sur l'examen de la bonne ou mauvaise foi du créancier. Dans le premier cas, celui-ci fixe un délai insuffisant par simple négligence ou par ignorance ; les tribunaux l'allongent, et vu son attitude loyale lui permettent de bénéficier des effets que l'art. 326 accorde à la fixation du délai. Dans la deuxième hypothèse le créancier fixe un délai trop court dans l'intention déloyale de se délier du contrat ; les tribunaux ne le jugent plus digne de protection et n'allongent plus le délai qui est dépourvu de tout effet juridique.

Avant de terminer nous relèverons plusieurs points dignes d'être signalés :

a) Au point de vue du BGB. cette jurisprudence doit être considérée comme prétorienne. Dans ces motifs, elle recourt aux principes généraux de bonne foi et d'équité ; mais elle ne se base sur aucun texte précis de loi, ce qui serait pourtant d'autant plus nécessaire qu'on a affaire à un code neuf

et rationaliste prétendant prévoir et résoudre toutes les hypothèses possibles. Les motifs invoqués par la jurisprudence en l'absence d'un texte formel ne peuvent pas justifier la peine civile infligée au créancier. Cette solution peut se défendre en équité mais pas en droit positif allemand.

b). Dans ce fait de considérer comme déloyale de la part du créancier la recherche de la résolution alors que l'exécution en nature reste possible, on doit voir une réminiscence du premier projet qui interdisait la résolution pour simple inexécution.

c) De cette manière détournée les tribunaux aboutissent, non seulement à mettre de l'équité dans le fonctionnement de la résolution, mais à exercer le droit souverain d'accorder ou de refuser la résolution, tout en laissant subsister l'apparence que ce droit appartient au créancier. Par le droit que s'est arrogé la jurisprudence d'apprécier la convenance du délai, de le prolonger si elle le juge nécessaire, ou de le considérer comme inefficace dans certains autres cas, il résulte que ce sont en somme les tribunaux qui accordent ou refusent la résolution et non le créancier. Un débiteur s'est plaint que le créancier lui a fixé un délai trop court dans l'intention déloyale de se délier du contrat pour pouvoir en signer un autre plus favorable. Supposons qu'il estime que le créancier n'avait pas le droit de le faire. Il saisit le tribunal. Celui-ci, s'il arrive à la même conclusion, ne prolonge pas le délai trop court mais le déclare purement et simplement sans effet. Pour aboutir à la résolution le créancier devra en fixer un autre convenable cette fois. Seulement, le débiteur aura alors tout le temps d'exécuter. Le délai dont il bénéficie est plus que convenable. En effet, il joint le délai trop court qu'il a dénoncé au délai convenable que le tribunal lui accorde. Ainsi, la résolution a été écartée par l'intervention du tribunal qui a déclaré inefficace le délai trop court. Dès lors, l'exécution en nature est rendue non seulement possible, mais très probable.

Pour conclure nous dirons que les tribunaux se réservent

le droit souverain d'apprécier si le créancier mérite de déclarer la résolution. La différence avec le système légal français réside en deux points : a) Dans le système allemand c'est le créancier qui prononce la résolution. L'intervention du tribunal s'exerce par un droit de contrôle *a posteriori* qu'on pourrait qualifier « droit de tutelle et surveillance ». b) La deuxième différence consiste dans le fait qu'en droit allemand c'est le débiteur qui provoque l'intervention de la justice, tandis qu'en droit français c'est le créancier. Mais cette différence découle de la première. Se manifestant sous la forme de contrôle des actes du créancier, l'intervention de la justice ne peut pas être requise par le créancier. Il serait surprenant de voir le créancier demander le contrôle de ses propres actes et cela dans l'intérêt du débiteur.

103. Dans la pratique on s'est demandé quels sont les effets juridiques d'un délai accompagné d'une déclaration par laquelle on exige plus que la prestation due. La jurisprudence (1) applique ici la même solution qu'en matière de sommation. Ainsi, le délai accompagné d'une déclaration de ce genre produit tous ses effets juridiques s'il est certain que le débiteur n'aurait pas exécuté, même si on lui avait demandé une juste prestation. Pour la discussion, nous renvoyons à notre étude antérieure sur la sommation (2).

104. Une autre question qu'on s'est posée a été celle de savoir si un changement dans la durée du délai, postérieurement à sa fixation, était possible. La réponse ne fait pas de doute lorsque les deux parties sont d'accord pour le prolonger. Mais quid si ces changements sont le résultat

(1) R. G. in Recht, 1925, p. 100, n° 8 ; D. R. Z., 1925, n° 177 ; J. R., 1925, n° 682.

(2) Voir *supra*, p.

d'une volonté unilatérale ? Ces changements ne peuvent venir que de la part du créancier. Le débiteur n'a que le droit d'exiger en justice qu'un délai trop court soit prolongé. Dans ce cas, ce sont les tribunaux qui décident la prolongation. Le débiteur seul, et sans le concours de la justice, ne peut rien faire.

* D'une manière théorique on devrait permettre au créancier de prolonger le délai, car l'opération semble toujours faite dans l'avantage du débiteur qui n'aura pas de motif de se plaindre. Les auteurs (1) adoptent cette solution s'il résulte des circonstances que la prolongation n'est pas dictée par une intention de chicane. Toujours en principe, on devrait interdire tout abrègement du délai s'il tend à transformer un délai convenable en un délai trop court, parce qu'il surprend le débiteur qui s'est arrangé pour terminer l'exécution à la fin du premier délai, et enfin parce que la première déclaration a engagé le créancier ; il l'a faite de manière à ne plus pouvoir s'en délier unilatéralement. La jurisprudence tient compte surtout des intérêts du débiteur ; en principe elle interdit (2) toute modification unilatérale du délai, chaque fois que par cette modification le débiteur sera mis en une situation moins favorable.

SECTION III

DE LA DÉCLARATION DU CRÉANCIER

105. Le délai convenable doit être accompagné de la déclaration que le créancier refusera toute acceptation de la prestation après l'expiration du délai. C'est l'art. 326 même qui exige cette déclaration. Il faut que l'établissement soit accompagné de cette déclaration et inversement. La jurisprudence (3) estime que ces formalités accomplies

(1) OERTMANN, p. 291 ; STAUDINGER, p. 515.

(2) R. G. Z., Bd 53, p. 167 ; K. O. H. G., Bd 15, p. 337.

(3) R. G. Z., Bd. 14, p. 3 ; R. G. in J. W., 1902, p. 196 ; R. G. in Recht, 1924, n° 260 ; 1924, n° 349 ; 1924, n° 805.

séparément n'aboutissent pas aux effets que leur assigne la loi. La déclaration peut être faite en même temps que la sommation. Pour la discussion de ce problème, nous renvoyons à ce qui a été déjà dit (1). La jurisprudence admet que la fixation du délai et la déclaration peuvent avoir lieu l'une après l'autre. Mais alors il faut que ce soit de telle manière qu'on puisse les considérer comme liées (2).

106. Le but de la déclaration est de montrer que le créancier refusera toute prestation effectuée après l'expiration du délai. C'est le point sur lequel la déclaration doit apporter une clarté complète. La loi n'a prévu aucune forme spéciale pour cette déclaration. Toute déclaration qui ne contiendra pas cette menace de refus ou qui ne la fera pas ressortir clairement sera interprétée au désavantage du déclarant, car elle ne produira pas les effets juridiques escomptés.

Nous allons procéder à l'analyse de certains arrêts pour voir quelles sont les exigences de la jurisprudence.

La Cour Suprême (3) commence toujours par affirmer que « la déclaration ne doit pas nécessairement contenir les termes mêmes du Code, mais elle doit laisser clairement entendre que le déclarant refuse définitivement l'exécution pour le cas où elle ne serait pas effectuée à temps ». Quelquefois le Reichsgericht (4) a refusé de reconnaître la validité d'une déclaration par laquelle le créancier signifiait : « que si le débiteur ne prestait pas jusqu'à telle date, il se réservait le droit de faire valoir ses prétentions éventuelles ». La Cour a considéré qu'une telle formule n'exprime pas d'une manière claire la volonté du créancier de refuser la prestation après l'expiration du délai. Car, par prétention éventuelle, on peut entendre tout aussi bien l'exécution en

(1) Voir *supra*, n° 90 s.

(2) Gruchot's B., Bd. 61, p. 287 ; R. G. Z., Bd. 120, p. 193 ; Bd. 93, p. 180 ; Seuff A., 72, p. 181.

(3) R. G. in L. Z., 1925, Sp. 593.

(4) R. G. in J. W., 1908, p. 676.

nature que dommages et intérêts pour inexécution ou résolution. Les tribunaux (1) ont refusé de reconnaître la validité de la déclaration par laquelle le créancier affirmait qu'il rend responsable le débiteur de toutes les conséquences de l'inexécution.

De même, ils ont considéré comme inefficace la déclaration par laquelle le créancier disait « je vais remettre l'affaire à un avocat » (2) ou « j'en tirerai toutes les conséquences » (3). De même, le fait de déclarer qu'après l'inexécution on va exiger des dommages-intérêts est insuffisant, car on n'est pas certain que le créancier a renoncé à l'exécution en nature du contrat. En effet, il peut exiger la prestation et des dommages-intérêts moratoires ou des dommages-intérêts au lieu de la prestation dans son entier. Or justement une telle déclaration ne donne pas de clarté sur ce point (4). Il a même été jugé (5) que la déclaration de transmettre à une autre personne l'objet de la vente ne contient pas la déclaration de refus de la prestation après l'expiration du délai ; de même (6), le fait de réclamer des dommages-intérêts mais sans refuser en même temps la prestation en nature. L'établissement d'un délai avec déclaration « de procéder d'après le droit commercial » est considéré par la jurisprudence (7) comme ne pouvant pas remplacer la déclaration de l'art. 326 al. 1^{er}. Egalement la déclaration « de faire usage des droits dérivant du retard du paiement » (8). Au contraire, la déclaration (9) d'exiger des dommages-intérêts produit tous ses effets quand elle

(1) R. G. in L. Z., 1920, Sp. 798.

(2) R. G. in Recht, 1916, n° 351.

(3) R. G. in Recht, 1920, n° 48.

(4) R. G. in Warn Rsp., 1916, n° 100 ; R. G. Z., Bâ. 120, p. 194.

(5) R. G. in J. W., 1921, p. 1359.

(6) R. G. in Recht, 1928, n° 186.

(7) R. G. in J. W., 1925, p. 946.

(8) R. G. in D. R. Z., 1926, n° 21.

(9) R. G. in Recht, 1916, n° 1473 ; 1923, n° 185 ; 1917, n° 186 ; Warn E. 1916, p. 153 ; 1917, p. 71.

laisse entendre d'une manière précise la volonté du créancier de refuser la prestation après l'expiration du délai. Il a été également jugé que la déclaration contenant la menace de se dégager du contrat comme celle exigeant des dommages-intérêts pour inexécution, est suffisante pour fonder les droits de l'art. 326 al. 1^{er}. Car de ces déclarations résulte clairement l'intention du créancier de refuser l'exécution en nature après expiration du délai. Dans l'appréciation de la déclaration la jurisprudence se montre très sévère. Elle (1) considère comme inefficaces toutes les déclarations par lesquelles les créanciers « se réservaient » le droit de résoudre le contrat ou d'exiger des dommages et intérêts après inexécution. Elle estime que la déclaration de se réserver le droit de résoudre le contrat ne doit pas être considérée comme identique à la déclaration de refuser la prestation après l'expiration du délai. Dans cette espèce il s'agissait d'un créancier qui en fixant un délai avait déclaré que si l'exécution n'avait pas lieu jusqu'à l'expiration du délai, il se réservait le droit de résoudre le contrat. Quelques jours après l'expiration du délai, il déclare le contrat résolu. Mais la Cour Suprême (2) a jugé que l'écrit par lequel le créancier fixait le délai et la déclaration n'obéissaient pas aux exigences de l'article 326 du BGB. « D'après lui (art. 326) la fixation du délai doit être liée à la déclaration que le créancier refuse d'accepter la prestation après l'expiration du délai. La déclaration ne doit pas nécessairement contenir les termes de la loi même, mais doit laisser voir clairement que le déclarant perd définitivement ses prétentions à l'exécution ; dans le cas de l'inexécution il ne peut plus le faire valoir après l'expiration du délai. La lettre du 3 septembre ne remplit pas ces conditions parce qu'il y est dit que si l'exécution n'a pas lieu avant le

(1) R. G. Z. Bd. 91, p. 164 ; R. G. in Warn. EL., 1914, n° 42 ; 1915, n° 228 ; GRUCHOTS B. Bd. 61, p. 297 ; R. G. in L. Z., 1920, Sp. 798 ; Warn. Rsp. 1926, p. 87.

(2) R. G. Z. Bd. 91, p. 164.

1^{er} octobre, le créancier « se réserve » le droit de résilier la vente. Donc, il ne décide pas dès maintenant de refuser l'acceptation de la prestation après l'expiration du délai. Il déclare seulement qu'au 1^{er} octobre il va se décider soit à recevoir la prestation, soit à résoudre le contrat. »

A notre avis, la Cour Suprême a tort parce que résoudre le contrat ou se réserver le droit de demander des dommages et intérêts signifie justement que d'une manière implicite on refuse la prestation après l'expiration du délai.

Cette jurisprudence semble pécher par son formalisme. Elle s'en est tenue en ce qui concerne les exigences légales à une interprétation littérale. La jurisprudence répète sans cesse qu'elle n'exige pas une déclaration conçue dans les termes mêmes de la loi ; mais les arrêts cités montrent sans aucun doute qu'elle l'exige. De cette manière la jurisprudence alourdit le système de la résolution en compliquant le mécanisme déjà complexe par l'adjonction d'une nouvelle formalité.

Pour prévenir les créanciers contre toute surprise, les auteurs (1) leur conseillent « d'employer pour la déclaration les termes mêmes du Code ». Ainsi, la déclaration aura certainement son effet juridique. La jurisprudence ne pourra pas lui donner un autre sens.

SECTION IV

DE LA SITUATION DES PARTIES PENDANT ET APRES LE DÉLAI

107. Le débiteur à qui un délai a été fixé peut par son exécution postérieure à l'échéance, mais pendant le délai, rendre inefficace l'avis comminatoire du créancier. C'est la *purgatio morae* ou *heilung des Verzugs*. Le créancier est

(1) STAUDINGER, p. 616.

obligé de recevoir la prestation effectuée par le débiteur pendant le délai (1).

La jurisprudence se réserve un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne une non observance ou un dépassement du délai lorsqu'ils sont insignifiants. Ainsi il a été jugé (2) que le débiteur qui n'a pas payé l'acompte pendant le délai a le droit de payer toute la somme un jour après, sans que le créancier puisse la refuser du moment qu'il se trouve encore en possession de la chose à vendre, car le dépassement du délai par le débiteur est insignifiant et sans influence sur la situation juridique. Le créancier ne peut pas opposer un refus et « la persistance opiniâtre sur la rigueur du droit est inconciliable avec la bonne foi contractuelle ». Ensuite la Cour reconnaît que cette solution est inconciliable avec l'art. 326 car le délai est expiré. Mais dans le cas présent on a affaire à une exception car le créancier se fonde sur l'expiration du délai sans motif, tout comme si le but de l'acte lui était égal. Tout au contraire dans un autre arrêt (3) il a été dit que l'offre de la prestation faite un jour après l'expiration du délai est sans effet juridique, car le droit à exécution en nature est déjà exclu. Le fait que le créancier n'a pas encore opté entre la résolution et les dommages-intérêts pour inexécution ne peut pas rendre efficace au point de vue juridique l'offre du débiteur (d'exécuter) faite après l'expiration du délai.

La jurisprudence (4) accepte de ne pas appliquer l'article 326 là où elle estime que le retard est insignifiant par rapport au délai, là où le créancier ne semble pas avoir un intérêt spécial à l'exécution à date précise, ou enfin

(1) R. G. Z., Bd. 7, p. 79 ; Bd. 56, p. 234 ; Bd. 62, p. 307 ; BOLZE, I, n° 1092.

(2) SEUFF A., Bd. 79, p. 147.

(3) R. G. SEUFF A., Bd. 78, n° 179.

(4) R. G. in J. W., 1915, p. 1004 ; R. G. in Recht, 1915, n° 2246.

quand le débiteur ne se rend pas coupable de faute lourde ou de dol.

Les auteurs (1) approuvent la jurisprudence, car ils estiment que l'équité doit l'emporter sur le formalisme et que, pour l'application de l'article 326 on doit tenir compte des prévisions de l'article 242 du BGB.

En tout cas la jurisprudence ne semble pas avoir un point de vue uniforme. Elle se retranche parfois dans un strict formalisme demandant le respect absolu du délai assigné. D'ailleurs, du moment que celui-ci est convenable, théoriquement elle ne pourrait faire autre chose que de le respecter. En même temps, elle respecterait la volonté du créancier qui peut tirer toutes les conséquences de l'inexécution du débiteur, du moment qu'il a rempli toutes les formalités et conditions exigées par la loi. Mais une telle jurisprudence doit être critiquée de son propre point de vue, car du moment que le délai s'avère convenable, elle doit le respecter aussi bien que le débiteur. Aussi cette jurisprudence nous semble contradictoire, violant d'une façon flagrante la volonté du créancier, et renversant l'équilibre des parties par une intervention injustifiée en faveur du débiteur.

108. L'exécution pendant le délai doit être complète et conforme au contrat. Une exécution partielle ne doit pas être prise en considération (2). Ne peut pas être considérée comme une exécution l'offre d'objets entachés de vices cachés, quand c'est justement à cause de ces vices que l'objet de la vente a été refusé (3). Les tribunaux (4) se réservent le droit d'apprécier la gravité des vices, et lorsqu'ils leur paraissent insignifiants eu égard à la bonne foi contractuelle, ils peuvent obliger l'acheteur à accepter l'offre du débiteur.

(1) SOERGEL, p. 631 ; STAUD, p. 1141.

(2) R. G. Z., Bd. 106, p. 89.

(3) R. G. Warneyer Rsp. 1909, p. 196.

(4) R. G. in Warn Rsp., 1909, p. 196.

§ 1^{er}. — Des droits du créancier

109. En présence de l'inexécution du débiteur à l'échéance le créancier dispose de plusieurs possibilités :

1) Il peut poursuivre l'exécution en nature avec dommages-intérêts moratoires. Cela résulte des principes généraux (1) combinés avec l'art. 286 du BGB. qui décide : « Le débiteur est tenu vis-à-vis du créancier à réparer le dommage résultant de la demeure ».

2) En outre le créancier peut faire usage de la modalité étudiée et mise à sa disposition par l'article 326 du BGB. Après l'expiration du délai fixé il peut opter entre la résolution ou les dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat tout entier.

Les dispositions des art. 320 à 326, deuxième section du deuxième livre du BGB., sont considérées par les auteurs (2) comme « *leges speciales* » par rapport aux dispositions de la première section du même livre. Le premier livre (qui contient la solution indiquée au n° 1) expose les principes généraux applicables aux rapports d'obligation en général. La solution de l'art. 326 est une *lex specialis* pour les contrats synallagmatiques, dérogeant aux principes généraux. Tenant compte de la nature particulière du contrat synallagmatique et de la connexité des prestations qu'il implique, on a voulu garantir au créancier quelque chose de plus et différent de l'exécution en nature avec dommages-intérêts moratoires. On lui a permis d'opter entre dommages-intérêts pour inexécution du contrat entier ou la résolution. Pour aboutir à ce droit d'option spéciale le créancier d'un contrat synallagmatique est obligé de remplir les conditions prévues à l'art. 326 (3).

(1) STAUB, p. 1111 ; SOERGEL, p. 631 ; STAUDINGER, p. 509.

(2) STAUDINGER, p. 509, etc...

(3) SOERGEL, p. 622 ; STAUDINGER, p. 509 ; KRAHMER, *op. cit.*, p. 164 ; BENDIX, *op. cit.*, p. 77, 159 ; R. G. in L. Z., 1916, Sp. 535 ; R. G. Z. Bd. 70, p. 127 ; Bd 93, p. 47 ; R. G. in Recht, 1916, p. 408.

110. Les formalités prescrites par l'article 326 constituent des règles supplétives et non impératives. Il est certain que la formalité du délai ainsi que celle de la déclaration peuvent être écartées. D'abord elles peuvent être écartées par la nature du contrat.

Le droit pour les parties de renoncer à ces formalités ne fait aucun doute pour la pratique. La jurisprudence (1) l'a affirmé en disant : « Le débiteur peut, dès le début, renoncer dans le contrat à la fixation du délai. L'article 326 où la résolution du contrat est conditionnée par l'établissement d'un délai est une règle supplétive, pouvant être écartée par la volonté des parties ». La jurisprudence est en ce sens (2).

En dehors de la manière expresse il y a aussi la manière implicite d'exclure les formalités de l'art. 326. La jurisprudence se réserve un droit d'appréciation de ces clauses. Ainsi il a été jugé (3) que le fait d'insérer dans le contrat la mention qu'on refusera toute prestation faite après l'échéance, prouve la volonté des parties d'accorder au créancier les droits de l'article 326 du BGB. à la simple inexécution à l'échéance et sans qu'il soit besoin de remplir les formalités de cet article. De même, le fait d'insérer dans le contrat la clause que « le paiement non ponctuel du prix permet l'immédiate annulation de la commande » a été interprété par les tribunaux (4) comme une renonciation à la fixation du délai. La jurisprudence se montre assez large dans l'interprétation de ces clauses (5).

Mais elle est d'avis que la suppression de la formalité du délai peut résulter aussi de la nature de l'acte. Il en a été

(1) R. G. in Recht, 1917, n° 1237.

(2) R. G. in Recht, 1925, n° 1259 ; 1924, n° 804 ; 1925, n° 13 ; 1919, n° 2092 ; R. G. Z., Bd. 96, p. 255 ; Bd. 24, p. 414 ; R. G. in I. Z., 1922, Sp. 194 ; 1925, Sp. 371, etc.

(3) DRESDEN Sach., 1914, p. 517.

(4) R. G. in Recht, 1926, n° 237.

(5) R. G. in J. W., 1917, p. 376 ; R. G. L. Z., 1926, Sp. 533, etc.,

jugé ainsi (1) à propos d'un contrat de déchargement. La Cour Suprême a déclaré dans cette espèce que : « la nature du rapport juridique empêche qu'on demande l'établissement d'un délai. Pour cela le défendeur avait sans doute le droit, vu le tardif déchargement des choses, de résilier le contrat sans délai ». Dans cette espèce, il s'agissait d'un contrat conclu le 2 novembre 1924 qui portait sur une certaine quantité de marchandise livrable immédiatement. Le vendeur la livre seulement le 30 novembre. L'acheteur a refusé le paiement et la réception de la marchandise pour cause de retard. Ensuite il a résilié le contrat. Le Reichsgericht a considéré que le droit d'option du créancier peut s'exercer immédiatement après l'inexécution à l'échéance. Il a été également jugé (2) que les parties sont libres d'écarter les formalités du délai, non seulement expressément mais aussi tacitement. « Ainsi, eu égard aux relations de guerre et à la particulière importance que les parties ont attaché au versement d'un acompte immédiat, on peut considérer comme étant dans la volonté des parties d'attribuer le droit de résolution sans fixer un délai dans le cas de l'inexécution du paiement de l'acompte. »

La formalité du délai peut donc être écartée par la volonté des parties d'une manière expresse ou implicite ou en vertu de la nature du contrat. Dans ce cas, la différence avec le système français, résultant du caractère obligatoire du délai de grâce en droit allemand, n'existe plus. La ressemblance avec l'article 1184 C. Civ. français est très sensible. Seulement il ne faut pas oublier que la formalité du délai a été écartée contractuellement et que cela ne découle pas de la loi. Donc, la ressemblance est due dans cette hypothèse à la volonté des parties et non au système allemand lui-même.

(1) R. G. Z., Bd. 89, p. 420.

(2) R. G. in Recht, 1920, n° 1336.

§ 2. — Des effets de l'inexécution du débiteur
pendant le délai fixé

111. L'effet principal de l'inexécution pendant le délai fixé consiste dans le fait que « la prétention à exécution est exclue » après l'expiration du délai. C'est l'art. 336 du BGB. lui-même qui l'indique (1).

Donc, après l'expiration du délai, le débiteur ne peut plus obliger le créancier à recevoir la prestation (2). De même le créancier ne peut plus exiger l'exécution en nature. Celle-ci est exclue pour les deux parties contractantes. La chose se passe comme si elle était devenue impossible.

Il est certain que les parties, d'un commun accord, peuvent décider que l'exécution s'effectuera même après l'expiration du délai. Mais alors on a affaire à un nouvel accord de volonté, à un nouveau contrat (3). La jurisprudence considère que pour le créancier le fait d'exiger la prestation après l'expiration du délai constitue l'offre d'un nouveau contrat (4). La renonciation aux effets de l'expiration du délai et le fait d'exiger de nouveau l'exécution en nature peuvent résulter tacitement du fait que le débiteur exécute la prestation dans le sens demandé par le créancier (5).

La jurisprudence exige de la part du créancier après l'expiration du délai une attitude qui ne puisse pas être

(1) R. G. Z., Bd. 106, p. 90 ; Bd. 91, p. 31 ; Bd. 52, p. 94 ; R. G. in J. W., 1902, p. 96.

(2) R. G. Z., Bd. 107, p. 347 ; Bd. 69, p. 107 ; Bd. 52, p. 94.

(3) R. G. in Recht, 1926, n° 3 ; R. G. D. J. Z. 1925, p. 257 ; R. G. in Warn E. 1926, n° 181 ; L. Z., 1926, Sp. 534.

(4) R. G. Z., Bd. 107, p. 348 ; Bd. 61, p. 89.

(5) R. G. in Recht, 1917, n° 1802 ; 1924, n° 259 ; WARN E., 1917, p. 255.

prise par le débiteur pour une manifestation de la volonté de poursuivre l'exécution du contrat (1).

Autrement, la jurisprudence considère que le créancier a renoncé à son droit d'option. Ainsi il a été jugé (2) que le créancier ne peut pas faire usage du droit d'option quand après l'expiration du délai il a continué les relations avec le débiteur, en amenant celui-ci à croire qu'il ne devait plus tenir compte de la déclaration faite antérieurement. La Cour Suprême a jugé également (3) que dans un contrat de livraisons échelonnées le créancier peut renoncer à faire valoir ses droits dérivant de l'inexécution pendant le délai et exiger à nouveau l'exécution en nature, pourvu qu'il le fasse d'une manière explicite.

Sur ce point aussi l'intervention des tribunaux est donc active. La jurisprudence ne se sent pas liée définitivement par les termes de la loi. Evidemment, après l'expiration du délai « la prétention à exécution en nature est exclue ». Mais la jurisprudence n'attache pas à ces formules une valeur absolue et n'attribue pas à cet effet un caractère définitif. Le principe est certain. Pourtant les tribunaux s'arrogent le droit de limiter sa portée ou de décider le contraire, chaque fois qu'il leur semble opportun de le faire d'après le but du contrat, ou d'après la volonté expresse ou tacite des parties. Il semble pourtant que cette jurisprudence dénature le sens de la loi. Car l'exclusion du droit à l'exécution en nature s'effectue automatiquement avec l'expiration du délai. Cette exclusion s'opère d'elle-même et sans qu'aucune formalité spéciale de la part du créancier soit nécessaire (4). Le créancier peut ajourner cet effet en allongeant le délai. Mais une fois que celui-ci est expiré il semble,

(1) R. G. Z., Bd. 107, p. 34 ; R. G. in Recht 1925, n° 1261 ; D. R. Z., 1925, n° 416 ; R. G. D. J. Z., 1925, n° 257.

(2) R. G. in Recht, 1924, n° 259.

(3) R. G. in Recht, 1914, n° 2859.

(4) R. G. in Recht, 1924, n° 348 ; 1924, n° 1484 ; D. R. Z., 1924 n° 131 ; R. G. Z., Bd. 106, p. 91.

d'après la formule de la loi même, qu'on ne pourrait plus renoncer à ses effets en exigeant à nouveau l'exécution.

La jurisprudence analysée ne semble pas en accord avec le mécanisme de la loi. Pourtant, elle agit avec la préoccupation de défendre équitablement les intérêts des parties ainsi que dans le but de maintenir le contrat chaque fois que c'est possible.

112. Etant donné ce premier effet, on comprend pourquoi la jurisprudence exige une déclaration nette de la part du créancier. Celui-ci doit déclarer explicitement qu'il refuse la prestation après l'expiration du délai. Le premier effet de l'expiration du délai (comme nous l'avons déjà vu) est de faire exclure le droit à l'exécution.

Le deuxième effet est de mettre à la disposition du créancier un droit d'option. Le créancier ne pourra plus poursuivre l'exécution en nature, mais aura le droit d'exiger des dommages et intérêts pour inexécution ou de résoudre le contrat. L'expiration du délai opère automatiquement cette transformation. Le droit à l'exécution en nature du créancier se trouve remplacé par un droit d'option. Le droit d'option du créancier d'une obligation contractuelle inexécutée porte sur la résolution et sur les dommages-intérêts pour inexécution. Mais là où le droit d'option est accordé, le droit de poursuivre l'exécution en nature est exclu. Nous devons attirer l'attention sur ce point particulièrement important, qui constitue en même temps la caractéristique du système allemand de la résolution et une de ses principales différences avec le système français. Dans le système français, tant que l'exécution en nature est possible, le droit d'option du créancier porte à la fois sur la résolution et sur l'exécution en nature. La résolution coexiste avec l'exécution en nature, tandis que dans le système allemand l'exécution en nature est exclue et la résolution coexiste avec les dommages-intérêts pour inexécution (1).

(1) Nous renvoyons au n° 153 s. où cette question est longuement expliquée.

113. Par rapport au premier projet l'art. 326 al. 1^{er} doit être considéré comme un progrès. La situation du créancier y est plus favorable et la résolution plus facile. A la preuve délicate du défaut d'intérêt (conditionnant la résolution dans le premier projet) se substituent les formalités de l'art. 326. Le créancier obtient le droit d'option du fait de l'inexécution de la part du débiteur pendant le délai accordé à cette fin. Il n'est pas obligé de prouver son défaut d'intérêt à une exécution tardive. Le défaut d'intérêt résulte pour le créancier de l'inexécution de la part du débiteur pendant le délai. L'inexécution pendant le délai fixé fait naître en faveur de celui-ci la présomption *juris et de jure* du défaut d'intérêt à l'exécution différée. Le débiteur ne pourra pas obliger le créancier à recevoir la prestation contractuelle en faisant la preuve contraire. L'exécution en nature est non seulement inexécutée pour le créancier mais juridiquement exclue, c'est-à-dire comme si elle était devenue impossible.

Les rédacteurs n'ont pas maintenu l'interdiction initiale en ce qui concerne la résolution pour simple inexécution. Au principe français, ils en ont substitué un autre propre, qui n'est pas affirmé explicitement, mais qui se déduit implicitement. La résolution sera exclue tant que la prestation en nature est possible. C'est la suite directe du principe du caractère obligatoire du contrat compris d'une manière absolue. Le principe propre au droit allemand réside dans la réciproque ; quand la résolution est admise, l'exécution en nature est exclue. Nous sommes probablement en présence d'un désir inavoué des rédacteurs de maintenir l'unité apparente du principe accordant la résolution seulement quand l'exécution en nature n'est plus possible (à cause de l'impossibilité réelle, fictive, née de l'expiration du délai).

CHAPITRE II

DU DROIT DE RÉSOLUTION IMMÉDIATE POUR ABSENCE D'INTÉRÊT DU CRÉANCIER A L'EXÉCUTION PROVENANT DE LA DEMEURE DU DÉBITEUR (ART. 326 AL. 2)

114. Le premier alinéa de l'art. 326 pose le principe de la résolution tant qu'on peut dire que le système allemand connaisse un principe en matière de résolution. Tel qu'il résulte de l'étude faite, ce principe n'aboutit pas à couvrir d'une manière équitable les nécessités de la pratique ni les intérêts du créancier.

A. Celui-ci étant toujours obligé d'accorder au débiteur un délai de grâce doit donc toujours se contenter d'une exécution tardive, postérieure à l'échéance fixée. C'est une mesure favorable au débiteur, mais nuisible aux intérêts du créancier par sa généralité et par son caractère obligatoire. L'intervention de la justice s'est avérée dans cette matière efficace et équitable dans son ensemble, peut-être avec une tendance à trop protéger le débiteur.

B. Le droit d'option n'est accordé au créancier que d'une manière trop étroite, trop subsidiaire. Étroite parce que pour y aboutir il est obligé de franchir trop d'obstacles, d'accomplir trop de formalités. Subsidiaire parce que le créancier, après l'échéance, est toujours obligé de commencer par poursuivre l'exécution en nature du contrat. Il

n'obtient le droit d'option qu'après l'expiration du délai fixé pour l'exécution. Pris dans l'engrenage d'une logique trop abstraite le BGB. ne tient pas compte des intérêts du créancier.

C. Enfin, le créancier qui vise à obtenir la résolution, étant obligé de poursuivre d'abord l'exécution en nature, peut arriver à obtenir une chose qu'il ne désire pas. En poursuivant l'exécution pour aboutir à la résolution, le créancier peut être surpris par l'exécution. Dans ce cas, il obtiendra le contraire de ce qu'il désire.

D. Enfin, l'art. 326 al. 1^{er} a le grand inconvénient de vouloir ignorer que la simple inexécution à l'échéance convenue peut rendre sans intérêt toute exécution ultérieure. Les Motifs partent du principe que le but du contrat est son exécution. Tant que cette exécution est possible en fait et en droit il est normal de la poursuivre. Par là on laisse entendre que si on accordait la résolution pour simple inexécution à l'échéance (d'une prestation encore possible) on irait à l'encontre du but du contrat. L'argument quoique subtil n'a pas grande valeur.

Il est certain que si on conclut un contrat c'est en vue de son exécution. Mais il est faux de croire ou de faire croire que c'est là son unique but et que les parties veulent sa réalisation, sans tenir compte du temps ni de la manière dont il se réalise. Le temps (ainsi que le lieu) sont des éléments indissolublement liés à l'exécution du contrat. Les parties se sont engagées à effectuer les prestations à la date et au lieu fixés. Or, les prestations, l'échéance et le lieu d'exécution sont trois éléments qui constituent le but du contrat pris dans leur ensemble et non isolément. Il est excessif d'obliger une partie à s'en tenir au contrat et à poursuivre son exécution, alors que tout l'intérêt à l'exécution a disparu pour elle du fait de l'inexécution à l'échéance. Refuser la résolution pour des raisons de pure scolastique, c'est peut-être faire des constructions d'une belle architec-

ture théorique, mais c'est surtout ignorer profondément les exigences de la vie pratique.

SECTION PREMIÈRE

CAS DE RÉSOLUTION IMMÉDIATE PRÉVUS PAR LA LOI

115. Les rédacteurs du BGB. n'ont pas manqué de remarquer l'importance capitale que l'élément temps peut revêtir. Aussi ont-ils décidé dans le deuxième alinéa de l'art. 326 que : « Si, à raison de la demeure, l'exécution du contrat ne présente plus aucun intérêt pour l'autre partie, les droits décrits à l'alinéa premier lui appartiennent sans qu'il soit besoin de fixer aucun délai ».

Certains auteurs (1) ont considéré les deux alinéas de l'art. 326 comme contradictoires. La chose ne fait pas de doute. La doctrine (2) estime que le deuxième alinéa est une exception au premier qui poserait la règle générale. D'ailleurs les critiques que nous venons d'adresser à cette règle sont autant d'arguments qui justifient l'exception. Faire du délai de grâce de l'art. 326 al. 1^{er} une règle absolue, générale et obligatoire, ce serait une absurdité. En présence de telle règle, l'exception est non seulement utile mais encore indispensable.

116. Le but de cet alinéa est d'accorder au créancier le droit d'option aussitôt après l'inexécution à l'échéance. Le créancier qui prouve qu'en raison de la demeure il n'a plus intérêt à l'exécution du contrat, obtient le droit d'option sans être obligé de fixer au débiteur un terme ni attendre son expiration. Sa situation est plus favorable du point de vue des formalités de l'art. 326 al. 1^{er} (dont il est exonéré) mais est aggravée du point de vue de la preuve.

(1) LITTMANN, thèse citée, p. 31.

(2) Voir STAUDINGER, p. 528.

Ecartant les formalités du premier alinéa de l'art. 326, les rédacteurs ont supprimé aussi leurs effets ; en particulier celui de dispenser le créancier de la charge de la preuve, en instituant en sa faveur une présomption d'absence d'intérêt. Dans notre hypothèse, le créancier bénéficiera d'un droit d'option rapide et facile (suite immédiate de l'inexécution) à condition de prouver le défaut d'intérêt provoqué par la demeure du débiteur.

La différence si prononcée avec le système français, dans l'hypothèse du premier alinéa de l'art. 326, est singulièrement atténuée dans le cas présent. Car cette fois, dans les deux systèmes, c'est l'inexécution à l'échéance qui permettra au créancier d'user de son droit d'option. Le créancier ne sera pas obligé d'accomplir les formalités préalables prévues à l'art. 326 al. 1^{er}. Mais le système allemand renonce dans ce cas à une autre de ses caractéristiques, qui constituait une des différences capitales avec le système français. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, le système allemand accorde la résolution après avoir exclu l'exécution en nature. Normalement et en principe, la résolution ne coexiste jamais avec l'exécution en nature. Tout au contraire, dans le système exceptionnel institué par le deuxième alinéa de l'art. 326, les deux possibilités coexistent. De ce point de vue, le droit d'option du créancier se rapproche visiblement du droit d'option de l'art. 1184 du Code civil français. Mais tandis que cet article constitue la règle pour le droit français, le deuxième alinéa de l'art. 326 constitue l'exception pour le droit allemand. A l'aide de ce deuxième alinéa le créancier d'une obligation inexécutée à l'échéance aura le droit d'opter entre l'exécution en nature, la résolution et les dommages-intérêts pour inexécution (1). La résolution et l'exécution en nature coexistent pour la première fois dans le système légal allemand. Tant que le droit d'option n'a pas été exercé, le

(1) R. G. Z., Bd 106, p. 93 ; SEUFF A., Bd 60, p. 136.

contrat continue d'exister (1). Le débiteur est en droit d'exécuter avant l'option (2).

117. Les tribunaux interprètent le sens du deuxième alinéa de l'art. 326 d'une manière très stricte. La jurisprudence (3) exige qu'il y ait rapport de cause à effet entre la demeure et le défaut d'intérêt à l'exécution en nature. Le retard dans l'exécution des achats portant sur des articles de saison constitue une des hypothèses normales d'application du deuxième alinéa. Ainsi (4) l'acheteur en gros de pommes de terre qui ne possède pas de dépôt ou de magasin de vente, une fois l'hiver venu, n'aura plus d'intérêt à recevoir cette marchandise non fournie en temps utile. La jurisprudence interdit au créancier de recourir au deuxième alinéa pour jouir d'un droit d'option immédiat, si le défaut d'intérêt à l'exécution en nature provient de causes autres que la demeure. Ainsi (5), dans une espèce très intéressante, le créancier, après avoir payé le prix, sans recevoir l'objet de la vente, fait faillite. Le syndic de la faillite exige qu'on lui rende la somme payée, car il estime pouvoir résoudre le contrat grâce au deuxième alinéa, c'est-à-dire sans fixer de délai. La Cour Suprême casse l'arrêt de la Cour d'Appel estimant que la fixation d'un délai est nécessaire. « L'art. 326 al. 2 est une exception à l'art. 326 al. 1^{er}, s'appliquant au seul cas où le créancier par suite de la demeure n'a plus d'intérêt à l'exécution contractuelle. Ne rentre pas dans ces hypothèses le cas où l'intérêt à l'exécution a disparu avant la demeure et à cause d'autres circonstances... » La Cour estime que la cause qui a produit le défaut d'intérêt à l'exécution contractuelle est la faillite. Donc, cette cause existait avant la mise en demeure. C'est

(1) R. G. Z., Bd. 106, p. 93 ; R. G. in L. Z., 1925, Sp. 1321.

(2) R. G. Z., Bd. 104, p. 28.

(3) R. G. in D. R. Z., 1926, n° 563 ; J. R., 1926, n° 1245.

(4) R. G. 29.6.06 11 19/06.

(5) R. G. in Warn Rsp. 1926, n° 115.

pourquoi le demandeur ne pourrait obtenir la restitution du prix que dans le cas où le défendeur n'exécuterait pas pendant le délai fixé.

Les tribunaux (1) ont refusé également au créancier le droit de résilier le contrat sans fixer de délai pour l'exécution, lorsque l'intérêt à l'exécution a disparu à cause de la baisse des prix (qui lui permettait de contracter une vente plus favorable) et non à cause de la demeure.

Les tribunaux (2) ont eu à se prononcer dans une autre espèce, où il s'agissait de l'achat de marchandises à livrer régulièrement pendant un certain laps de temps. L'acheteur, à cause de l'inexécution d'une livraison, se procure tout le reste de la marchandise chez un autre vendeur. La Cour Suprême refuse d'accorder à l'acheteur le bénéfice du deuxième alinéa. Elle estime que cet alinéa ne lui est pas applicable parce que le défaut d'intérêt à l'exécution a été causé par le fait que l'acheteur s'est prématurément couvert ailleurs (et non par le retard d'exécution du vendeur).

Chaque fois que le défaut d'intérêt à l'exécution du contrat provient d'une cause autre que la demeure, le créancier n'a pas le droit d'invoquer le deuxième alinéa de l'art. 326. Il sera obligé au contraire d'emprunter la voie habituelle, c'est-à-dire de fixer un délai avec déclaration selon le premier alinéa de l'art. 326 (3).

Il a été également interdit au créancier d'invoquer le deuxième alinéa lorsque le défaut d'intérêt à l'exécution du contrat provenait de l'inexécution, mais avant la mise en demeure. Dans l'espèce (4) il s'agissait d'un commerçant ayant acheté une locomotive faisant partie de la masse

(1) R. G. in L. Z. 1918, Sp. 836 ; Dans le même sens R. G. in Warn Rsp. 1922, n° 51 ; R. G. in Hambg. H. G. Z., 19, p. 23.

(2) R. G. Z., Bd. 96, p. 129.

(3) R. G. in Recht, 1926, n° 1346 ; R. G. in I. W., 1910, p. 146 ; R. G. in L. Z., 1918, Sp. 836.

(4) R. G. Z., Bd. 70, p. 127.

d'une faillite. Il revend cette locomotive à une autre maison de commerce. En même temps il avertit le syndic de la faillite de faire le nécessaire pour livrer la locomotive qui se trouvait gagée. La maison de commerce acheteuse fixe un délai pour la livraison. Ce délai une fois expiré, elle résout le contrat. Le commerçant exige du syndic de la faillite la restitution du prix et la réparation du dommage causé ; ce dommage étant représenté par le gain manqué résultant de la résiliation de la vente par la maison de commerce. La Cour Suprême remarque que dans ce cas il fallait faire appel au premier alinéa de l'art. 326 et constituer en demeure le syndic de la faillite. Celui-ci « n'est pas constitué en demeure par la simple inexécution de son obligation contractuelle ». Il faut pour cela une sommation. En outre le commerçant n'a pas satisfait à la formalité de l'établissement d'un délai. La Cour Suprême constate encore que les conditions d'application du deuxième alinéa de l'art. 326 n'étaient pas remplies. « Le demandeur prétend que l'intérêt à l'exécution a cessé à cause de la demeure du fait qu'au 21 juin la maison de commerce avait déclaré la résolution du contrat ; cette prétention n'est pas fondée, car au moment où le réclamant avait constitué en demeure le syndic de la faillite (26 juin) cet intérêt avait déjà cessé d'exister ; donc, on ne peut pas dire qu'il a cessé à cause de la demeure... » « C'est le demandeur seul qui a causé la disparition des intérêts à l'exécution, par le fait qu'il n'a pas sommé à temps le défendeur de livrer la locomotive exempte de toute charge. »

Il semble que cet arrêt s'attache à la lettre de la loi plutôt qu'à son esprit. La sommation ne semble jamais pouvoir causer le défaut d'intérêt à l'exécution du contrat. C'est le retard qui peut le causer. La sommation est l'acte juridique qui constate le retard ; une formalité. Le fait générateur de conséquences c'est le retard. L'inexécution à temps et non la formalité de la demeure provoquent le défaut d'intérêt à l'exécution ultérieure. Aussi cette juris-

prudence semble-t-elle rigide, formaliste, s'attachant à la forme extérieure des principes et non à leur véritable contenu. La jurisprudence, interprétant d'une manière littérale le deuxième alinéa, a donné à son application une portée nettement délimitée. Elle exige un rapport de cause à effet entre la demeure et l'absence d'intérêt à l'exécution en nature. Et la jurisprudence refuse d'appliquer le deuxième alinéa chaque fois que la cause du défaut d'intérêt à l'exécution a été autre que la demeure, et chaque fois que cette cause s'est produite avant ou après la mise en demeure. Mais la jurisprudence permet l'application du deuxième alinéa toutes les fois que la cause du défaut d'intérêt à l'exécution est constituée par plusieurs éléments parmi lesquels figure la demeure. Elle n'exige pas que la demeure soit la cause unique, mais qu'elle soit déterminante. La doctrine se basant sur la lettre même de la loi approuve entièrement cette jurisprudence.

118. La question de savoir quand et comment s'est produite la disparition de l'intérêt à l'exécution est une question de fait qui doit être tranchée dans chaque cas particulier. Dans cette appréciation on doit tenir compte des principes généraux donnés par l'art. 242 du BGB.

La doctrine (1) considère que la disparition de l'intérêt à l'exécution se produit quand, à raison de la demeure, l'intérêt à l'échange des prestations n'existe plus. Les auteurs basent leur opinion sur un argument de texte tiré de l'art. 326 al. 2 lui-même. Celui-ci dispose : « Si, à raison de la demeure, l'exécution du contrat ne présente plus aucun intérêt... ». La doctrine estime que la loi a entendu par là, l'absence d'intérêt à l'échange des prestations. La jurisprudence n'est pas entièrement fixée sur ce point. Dans certains arrêts (2) elle semble adopter le point de vue

(1) WARNEYER, p. 651 ; OERTMANN, p. 293 ; PLANCK, p. 392.

(2) WARN, Rsp. 1909, n° 95 ; 1916, n° 45.

de la doctrine. Dans d'autres elle semble adopter un critérium différent.

Se plaçant au point de vue du contrat la jurisprudence (1) se demande si l'exécution peut encore permettre de le réaliser. Quand il résulte de cet examen qu'une exécution tardive (ou même pendant le délai) ne serait plus d'aucune utilité pour la réalisation du but du contrat, elle accorde au créancier la résolution directe, sans l'obliger à remplir les formalités du premier alinéa de l'art. 326.

Sans tenir compte uniquement des intérêts du créancier, elle adopte un critérium objectif, le but du contrat. La jurisprudence écarte de cette façon la possibilité pour le créancier de spéculer sur certaines circonstances. Ce qu'elle veut sauvegarder, c'est le but du contrat et non les intérêts parfois trop égoïstes du créancier. C'est pourquoi la jurisprudence, chaque fois que le but du contrat pourra être sauvegardé, ne permettra pas au créancier de résilier directement le contrat en vue d'en contracter un autre plus avantageux, du fait par exemple de la baisse des prix.

119. Une question plus délicate se pose lorsque la disparition de l'intérêt à l'exécution se produit après que le créancier a fixé un délai au débiteur, mais avant l'expiration de celui-ci. On s'est demandé si dans ce cas le créancier peut refuser la prestation offerte par le débiteur pendant le délai qu'on lui a fixé, ou si au contraire il est obligé de la recevoir.

La majorité de la doctrine (2) ainsi que la jurisprudence sont d'accord pour permettre au créancier de refuser l'exécution faite pendant le délai fixé du moment qu'il est en mesure de prouver l'absence d'intérêt à l'exécution du contrat.

La jurisprudence accorde au créancier le droit d'option

(1) R. G. in J. W., 1916, p. 258 ; 1920, p. 47 ; R. G. Z., Bd. 96, p. 341 ; Bâ. 104, p. 375 ; Bd. 95, p. 126.

(2) STAUDINGER, p. 528 ; STAUB, p. 1132 ; OERTMANN, p. 295 ; WARNEYER, p. 635.

avant l'expiration du délai chaque fois qu'il résulte des circonstances de fait que le débiteur n'exécutera pas pendant le délai. Ainsi il a été jugé (1) que le créancier obtient le droit d'option dès qu'il résulte des circonstances que le débiteur, même s'il le voulait, ne pourrait plus exécuter pendant le délai. De même, lorsque le débiteur, pendant le délai, refuse d'une manière précise et catégorique d'exécuter.

Il a été jugé (2) également que si pendant le délai les conditions changent de telle manière que l'exécution apparaisse comme impossible, ces circonstances peuvent justifier la déclaration de résolution, même avant l'expiration du délai.

Enfin, dans un arrêt très important, la Cour Suprême (3) a permis au créancier de refuser la prestation effectuée par le débiteur pendant le délai convenable, pour le motif que l'intérêt personnel du créancier à l'exécution avait disparu. Et cela, sans se soucier de l'argument de la Cour d'Appel qui avait refusé cette solution pour le motif que le créancier était lié par sa déclaration.

120. Cet arrêt très important semble bouleverser un peu les données acquises.

D'abord il semble résulter du caractère de la déclaration du créancier (refusant la prestation après l'expiration du délai) qu'elle est définitive. C'est une déclaration unilatérale de volonté qui lie le créancier aussi bien que le débiteur. L'intérêt du débiteur qui a compté sur les dates du délai, ainsi qu'une élémentaire sécurité juridique, obligent le créancier à ne pas revenir sur cette déclaration avant l'expiration du délai. Dès lors, il semble que le créancier ne peut pas s'en délier unilatéralement, même en invoquant ses intérêts. L'arrêt cité qui lui permet de le faire néglige

(1) R. G. in Recht, 1911, n° 974.

(2) R. G. in Recht, 1911, n° 974.

(3) R. G. Z., Bd. 89, p. 123.

la volonté des parties et de la loi, car respect est dû à une déclaration de volonté valable. En même temps il met le débiteur dans une situation difficile, car on lui interdit d'exécuter pendant le délai bien que le délai lui ait été assigné dans ce but. Cet arrêt, qui permet de négliger le caractère obligatoire du délai de grâce pour la satisfaction équitable des intérêts du créancier, anéantit du même coup le système légal allemand. Car la formalité du délai de grâce n'est plus une règle d'application générale et obligatoire. Son application nécessaire à titre de règle objective est limitée seulement au cas où elle ne porte pas atteinte aux intérêts du créancier. Donc on abandonne le point de vue objectif et absolu pour un point de vue subjectif et relatif. Ainsi compris, le caractère obligatoire du délai de grâce n'a plus rien d'inéquitable. On peut dire que pour le droit allemand aussi le délai de grâce devient obligatoire là où les circonstances l'exigent et là où les intérêts du créancier le permettent. La formule du délai de grâce allemand ainsi corrigée n'offre plus de différence avec l'art. 1184 du Code Civ. Fr. Les divergences légales sont singulièrement atténuées par l'application qu'en fait la jurisprudence.

Cette jurisprudence qui permet au créancier d'écarter l'application de l'art. 326 al. 1^{er}, après l'avoir mis en mouvement, constitue non seulement une violation de la déclaration de volonté du créancier, mais encore un revirement dans l'interprétation du deuxième alinéa. En effet, comme nous l'avons vu, les tribunaux n'ont accordé au créancier le droit d'option directement et sans l'obliger à accomplir au préalable les formalités du premier alinéa que dans le cas où l'intérêt à l'exécution avait cessé du fait de la demeure. Et en interprétant à la lettre le deuxième alinéa, ils entendent par demeure la formalité, l'acte juridique constatant le retard.

Nous avons vu également que la jurisprudence refuse d'appliquer le deuxième alinéa, chaque fois que le défaut

d'intérêt à l'exécution provient du retard de l'exécution ou de toute autre cause différente de la demeure proprement dite. Il semble donc surprenant de voir la jurisprudence abandonner ici son propre point de vue. En effet, elle accorde au créancier le droit d'option dès que le défaut d'intérêt à l'exécution du contrat se produit pendant le délai qu'il a fixé et dès avant son expiration. Abandonnant son point de vue restrictif la jurisprudence reconnaît cette fois comme cause provoquant la disparition de l'intérêt à l'exécution contractuelle, non seulement la demeure, mais toute autre cause susceptible de produire cet effet. Et pour juger de la disparition de l'intérêt à l'exécution, elle ne se place plus au point de vue objectif du but du contrat.

Nous avons vu également que les tribunaux refusent l'application du deuxième alinéa, chaque fois que le but du contrat peut être sauvegardé par une exécution après l'échéance. Adoptant ce point de vue objectif la jurisprudence, pour l'application du deuxième alinéa, refuse de tenir compte uniquement des intérêts subjectifs du créancier. Elle en tient compte seulement d'une manière détournée, dans la mesure où les intérêts subjectifs du créancier se confondent avec le but du contrat.

Or, dans le dernier arrêt étudié, les tribunaux renoncent à ce point de vue. Tenant compte en premier lieu des intérêts subjectifs du créancier les tribunaux appliquent le deuxième alinéa même quand les intérêts propres du créancier ne coïncident pas avec le but du contrat, mais quand ils leur semblent dignes de protection. Cette interprétation, beaucoup plus large que la première, est favorable au créancier ; la jurisprudence estimant qu'en dehors de la demeure d'autres causes peuvent provoquer la disparition de l'intérêt à l'exécution.

SECTION II

DES EXTENSIONS JURISPRUDENTIELLES

(Effets du refus d'exécution)

Au lendemain de la promulgation du BGB. la doctrine et la jurisprudence se sont trouvées en présence d'une question très délicate non résolue par le Code : celle des effets du refus d'exécution de la part du débiteur.

Le BGB. n'avait pas résolu d'une manière générale la question de l'inexécution du contrat ni celle de ses conséquences. Dans certains cas, spéciaux (impossibilité provenant d'une faute, retard) il avait donné certaines solutions de détail. Mais en présence de chaque cas nouveau que la pratique faisait surgir, on se demandait, vu l'absence dans la loi d'un principe général, quelle solution particulière devrait lui être appliquée. On se demandait si le refus sérieux et catégorique du débiteur d'exécuter accorde au créancier un droit d'option immédiate (par application du deuxième alinéa de l'art. 326) ou seulement après avoir fixé au débiteur un délai convenable avec déclaration de rejet de la prestation après l'expiration du délai (donc par application de l'art. 326 al. 1^{er}). En d'autres termes, on se demandait si le refus sérieux et définitif d'exécuter de la part du débiteur rend superflu l'établissement du délai, accordant ainsi au créancier un droit d'option immédiat conformément à l'art. 326 al. 2 du BGB.

§ 1^{er}. — De la discussion dans la doctrine

121. Sur ce point la doctrine était divisée. Un premier groupe d'auteurs soutenait ce que nous appellerons la *théorie positive*. Ces auteurs, par des arguments divers, soutenaient que malgré le refus du débiteur l'établissement d'un délai est nécessaire pour pouvoir ensuite procéder à la résolution ; ils estimaient en effet que le refus du débi-

teur ne permet pas de faire usage du deuxième alinéa de l'art. 326.

ERLER (1) part de la constatation que l'exécution constitue le but économique du contrat ainsi que sa voie d'extinction normale. Le retard d'exécution n'exclut pas le droit à exécution en nature. Bien plus la demeure fonde la prétention aux dommages-intérêts, à côté (et non à la place) de l'exécution différée. Pour exclure l'exécution il faut fixer un délai. Jusqu'à l'expiration du délai malgré son refus, le débiteur peut toujours exécuter. C'est pourquoi la fixation du délai ne peut pas être exclue par le refus anticipé du débiteur. En effet, « le refus d'exécution déclaré d'une manière anticipée ne présente pas un obstacle pour le débiteur qui peut tout de même effectuer la prestation et n'exclut pas non plus le droit du créancier à l'exécution » (2).

Après avoir analysé la situation contractuelle du créancier et celle du débiteur qui ne se trouve pas modifiée par le refus, Erler conclut sur ce point en disant que : « le créancier n'a pas perdu, par le refus du débiteur, le droit de lui faire respecter le contrat ». Il en résulte que l'établissement du délai est nécessaire, non seulement pour procurer au créancier le droit d'option, mais aussi pour montrer au débiteur les conséquences sérieuses que peut entraîner son retard.

On oppose à cette opinion l'argument que l'art. 326 a eu comme modèle les art. 354-56 C. Com. pour lesquels la jurisprudence admettait que le refus du débiteur rend superflu le délai. Erler répond que cela ne veut pas dire que le BGB. ait repris la jurisprudence de l'ancien droit commercial. La jurisprudence de l'ancien droit com-

(1) ERLER, *Bedarf es im Falle des art. 326 BGB. zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung des anderen Teils?* Recht, 1901, p. 421.

(2) ERLER, art. cit., p. 422.

mercial partait du point de vue que le débiteur de mauvaise foi ne mérite pas qu'on lui fixe un délai (1). Or dans le système du BGB. le délai se justifie par un autre but : celui d'exclure l'exécution à partir de son expiration. C'est pourquoi le délai semble nécessaire même dans le cas de refus anticipé d'exécution. Il y a une seule exception : celle du deuxième alinéa de l'art. 326. Si le BGB. voulait faire du refus d'exécution une deuxième exception, il aurait dû le dire expressément comme il l'a fait pour le contrat d'ouvrage, dans l'art. 634 al. 2.

BRÜCKMANN (2), qui écrit à la même époque, commence par remarquer que le créancier a toujours le droit de faire respecter le contrat par le débiteur. Il est d'avis que l'opinion contraire accordant au créancier, en cas de refus du débiteur, le droit d'option sans l'obliger à lui fixer d'abord un délai, aboutit à mettre le débiteur de mauvaise foi dans une situation plus avantageuse que celui de bonne foi. Ainsi, un débiteur de bonne foi qui, estimant qu'il ne pourra pas exécuter à temps, avertit le créancier (pour ne pas le surprendre par l'inexécution) n'aura pas droit à un délai. Au contraire, s'il est de mauvaise foi il n'exécute pas mais ne dit rien, il aurait alors le droit d'exiger qu'on lui établisse un délai. Nous verrons par la suite que la jurisprudence a privé ce deuxième argument de toute sa valeur en exigeant de la part du débiteur un refus sérieux et définitif.

REHBEIN (3) ajoute que selon l'art. 326 du BGB., et par opposition à l'art. 356 du HGB., le créancier n'a pas un droit mais une obligation de fixer un délai pour pouvoir faire valoir le droit qui en découle. Le créancier ne peut pas faire valoir ses droits sans établir un délai ou sans prouver qu'à cause de la demeure il n'a plus d'intérêt à l'exécution.

(1) R. O. H. G., Bd. 3, p. 319; Bd. 5, p. 107; Bd. 8, p. 14; Bd. 7, p. 144.

(2) BRÜCKMANN, *Nachfrist bei Erfüllungsweigerung*, D. I. Z., 1902, p. 220.

(3) REHBEIN, p. 198.

ZITELMANN (1) partage la même opinion. « La déclaration anticipée du créancier de ne pas accepter la prestation ne rend pas superflue l'offre de cette prestation, même verbale. » Il ne semble pas exister de raison en faveur d'une solution différente lorsqu'il s'agit du débiteur. Car, même si le débiteur déclare d'une manière anticipée qu'il n'exécutera pas la prestation, il est possible d'espérer un changement d'avis de sa part, au moins pour l'avenir. Dès lors il semble nécessaire que le créancier lui rappelle par une sommation la gravité des conséquences que sa décision entraîne. Pourtant, il faut remarquer que Zitelmann écrit ces lignes à propos de la demeure.

OERTMANN (2) a soutenu cette opinion avec toute son autorité. Selon lui l'opinion considérant que le refus d'exécution du débiteur rend superflue la fixation du délai n'a aucun fondement légal et contrevient gravement aux intérêts du débiteur qui peut se voir puni pour une parole à laquelle il n'avait pas attaché trop d'importance. La jurisprudence de l'ancien Code de Commerce ne doit pas être prise en considération car elle se réfère aux rapports spéciaux du droit commercial.

BRECHT (3), tout en adoptant la théorie positive, fait certaines réserves. Il commence par constater que dans le refus du débiteur d'exécuter on peut voir une refus portant sur l'exécution en nature ainsi que sur la fixation d'un délai. Dans ce cas, le créancier possède un droit d'option immédiat. Mais, ajoute-t-il, « une généralisation est inadmissible », car on ne peut pas dire que tout débiteur qui conteste son obligation refuse de l'exécuter au cas où elle existerait quand même. Bien plus « un débiteur qui n'exécute pas avec plaisir préfère tout de même exécuter que de réparer en argent un dommage inconnu ». Si de la déclaration du

(1) ZITELMANN, art. cit., *Festschrift für Krüger*, p. 290.

(2) OERTMANN, p. 296.

(3) BRECHT, *System der Vertragshaftung*, Ih. J., Bâ. 53, p. 58.

débiteur ne résulte pas avec précision un refus d'exécution, on doit lui fixer un délai. Le délai lui procure la possibilité d'apporter de la clarté sur l'exigence du créancier, car le délai a le caractère d'un « délai de réflexion ». Il serait inique et injuste de vouloir priver le débiteur de ce délai de réflexion (Bedenkfrist) que la loi lui reconnaît expressément alors qu'il n'y a pas renonciation sans équivoque de sa part (1). Or, la déclaration du débiteur ne contient une telle renonciation que lorsqu'elle exprime la volonté de celui-ci de ne pas faire usage du délai. Cette déclaration permettra au créancier de procéder immédiatement à une mesure de protection.

Il considère que le Reichsgericht n'aurait pas dû interpréter le refus du débiteur de prêter comme un refus relatif à la fixation d'un délai.

La théorie que nous avons nommée positive, dont l'effet principal en cas de refus d'exécution du débiteur est d'obliger le créancier à fixer un délai pour obtenir le droit d'option, est partagée aussi par d'autres auteurs. Ainsi Staub (2) par Sängér (3) et Kipp dans Windscheid (4).

122. L'opinion contraire que nous intitulerons *la théorie négative* présente un intérêt pratique considérable. L'effet principal de cette théorie est, en cas de refus d'exécuter de la part du débiteur, d'accorder au créancier un droit d'option immédiat, c'est-à-dire sans l'obliger à accomplir au préalable les formalités nombreuses et difficiles du premier alinéa de l'art. 326. Nous l'avons nommée théorie négative justement parce qu'elle accorde au créancier le droit d'option en le dispensant de l'obligation d'accomplir au préalable les formalités du premier alinéa.

(1) BRECHT, *art. cit.*, p. 259.

(2) STAUB, *Excurs.*, éd. 7, p. 1292 ; Il est d'un avis différent dans *Positiven Vertragsverletzungen*, pp. 54-55.

(3) SÄNGER, *Verzug bei Kauf*, p. 12.

(4) KIPP bei WINDSCHEID, p. 337.

Le grand défaut de cette théorie est de ne pouvoir se baser sur aucun texte de loi ; de manquer ainsi totalement de fondement légal. C'est pourquoi les nombreux auteurs qui la soutiennent le font plutôt pour des nécessités d'ordre pratique que pour des raisons juridiques. Leurs efforts tendent plutôt à démontrer qu'elle a été déjà admise par l'adoption de l'art. 326 BGB. qui ne serait qu'une copie des dispositions du Code de Commerce qui l'admettait en pratique.

NIEDNER (1) part de la constatation que d'après le Code de Commerce le refus du débiteur rend superflu l'établissement d'un délai. Cette exception est justifiée par l'idée que le délai visant à rendre possible pour le débiteur en retard la *purgatio morae*, apparaît comme une pure formalité dépourvue de sens pratique au cas d'un refus anticipé (2).

A partir de 1900 les art. 354-56 HGB. sont remplacés par l'art. 326 BGB., non seulement en droit civil, mais aussi en droit commercial. Or, ce dernier article est calqué sur les précédents articles du HGB. C'est pour cela que le BGB., en cas de doute, doit tenir compte de l'interprétation des articles qu'il remplace, et décider dans le même sens. Selon Niedner, Erler, en affirmant que la demeure n'écarte et ne limite pas le droit à exécution en nature, se réfère certainement au premier projet. De l'historique de l'art. 326 il résulte que ce principe a reçu des limitations au sein de la deuxième commission. On peut donc affirmer que le droit d'option existe dès l'origine et n'a pas pour point de départ l'expiration du délai visant à protéger seulement le débiteur contre toute surprise.

Mais Niedner reconnaît (3) que les termes de la loi envisagent le délai comme une condition légale à l'existence

(1) NIEDNER, *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, D. I. Z., 1901, p. 443.

(2) R. O. H. G., Bd. 3, p. 210 ; Bd. 4, p. 326 ; Bd. 7, p. 14.

(3) NIEDNER, note cit., p. 444.

du droit d'option. Des propositions faites au sein de la deuxième commission (1) il croit pouvoir déduire que les rédacteurs n'ont pas voulu donner au délai un rôle différent de celui qu'il avait dans le Code du Commerce, c'est-à-dire celui « de prévenir le débiteur des conséquences de son retard, de lui permettre à la dernière heure d'éviter l'exercice du droit d'option par le créancier » (2).

Donc, il faut interpréter l'art. 326 BGB. dans le sens de l'article 356 HGB.

DERNBURG (3) invoque d'abord le même argument : celui de l'adoption par le BGB. des solutions juridiques du droit commercial lui ayant servi de modèle. Il ajoute ensuite que « le but du délai est de rendre possible l'exécution ultérieure du débiteur en retard. Mais la fixation du délai en présence du refus d'exécution déjà affirmé est dépourvue de sens ».

Un autre groupe d'auteurs abandonnant l'argument historique, veut baser cette solution sur la volonté expresse ou tacite des parties. Ainsi, HANGEN (4), après avoir constaté que les parties peuvent écarter d'une manière expresse les formalités de l'art. 326, conclut qu'on doit aussi admettre que le droit d'option (sans délai préalable) peut être accordé au créancier par la volonté tacite des parties, volonté qui peut résulter du refus du débiteur d'exécution.

Un autre effort dans le même sens est fait par ADLER (5) et par WALSMANN (6). Ces auteurs voient dans le refus d'exécution du débiteur un renoncement au délai.

Parmi les auteurs soutenant la théorie négative, on peut

(1) *Protokolle*, p. 1290.

(2) NIEDNER, note cit., p. 444.

(3) DERNBURG, p. 237.

(4) HANGEN, *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, D. I. Z., 1903, p. 49.

(5) ADLER, *Leistungsverzug*, pp. 15-16.

(6) WALSMANN, *Versicht*, p. 208.

citer les suivants : Romeick (1), Rumelin (2), Lesser (3), Staudinger (4) et Hueck (5).

§ 2. — Solutions de la jurisprudence

123. La controverse doctrinale a seulement un intérêt historique, car la jurisprudence a fait depuis longtemps son choix. Elle n'a pas hésité à suivre la voie traditionnelle que lui indiquait l'ancienne jurisprudence du droit commercial. L'embarras a commencé seulement au moment où elle a dû exposer ses motifs. Elle a commencé par apporter une série de précisions en ce qui concerne le refus du débiteur. Jusqu'en 1908, la jurisprudence était encore flottante et justifiait ainsi la critique des auteurs (6) qui soutenaient qu'il était exagéré de rendre le débiteur responsable d'une parole à laquelle il n'avait pas attaché trop d'importance. Depuis cette date, les tribunaux (7) exigent d'une manière constante que le refus soit « sérieux et définitif ». C'est seulement un tel refus qui fait de la fixation du délai une formalité dépourvue de tout sens pratique. La question de savoir quand le refus est sérieux et définitif est laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux. Le caractère sérieux du refus doit exister au moment même où il a été opposé et non plus tard (8). La déclaration de l'acheteur de ne pas avoir actuellement de moyen de paiement n'est pas assimilée à un refus sérieux et définitif (9). Il en

(1) ROMEICK, *Fristbestimmung*, p. 97.

(2) RUMELIN, *Dienst und Werkvertrag*, pp. 207-208.

(3) LESSER, *Rücktrittsrecht*, pp. 64 et suivantes.

(4) STAUDINGER, p. 59.

(5) HUECK, *Successivlieferungsvertrag*, p. 109.

(6) Voir *supra*, n° 121.

(7) Le nombre d'arrêts est infini ; on cite seulement à titre de renseignement : SEUFF A., Bd., 63, p. 180 ; R. G. in Recht, 1905, n° 646 ; 1909, n° 1283 ; R. G. in L. Z. 1912, Sp. 227 ; R. G. in J. W., 1913, p. 1918, etc...

(8) R. G. in J. W., 1918, p. 551 ; 1928, p. 2637.

(9) R. G. Z., Bd. 66, p. 431.

est de même de la simple intention de ne pas exécuter (1).

Les tribunaux ont également refusé de considérer comme refus sérieux et définitif l'établissement d'une condition injustifiée (2), ou la simple divergence d'opinions en ce qui concerne l'interprétation du contrat (3).

124. La grosse difficulté est apparue au moment où il a fallu motiver juridiquement le fait que le refus sérieux et définitif rend superflue la fixation du délai.

Comme aucun texte de loi ne justifie une telle solution, les tribunaux avaient commencé par tourner la difficulté. La loi ne décidant pas que le délai est superflu en cas de refus du débiteur, la jurisprudence a trouvé que c'était le débiteur même qui par son refus renonçait à cette formalité.

Donc, c'est un résultat qu'on obtient grâce à la volonté des parties et non à la loi.

La Cour Suprême s'est maintenue dans la ligne tracée par la jurisprudence de l'ancien Code de Commerce. Elle a décidé que le débiteur qui refuse d'exécuter se constitue lui-même en demeure (4).

Mais cette jurisprudence n'aboutit pas à résoudre notre problème, car la question qui se pose est celle de savoir si le délai même (et non seulement la sommation) est rendu superflu par le refus du débiteur. Dans une hypothèse où le débiteur qui refusait d'exécuter se trouvait déjà en demeure, la Cour Suprême (5) a considéré que le délai était superflu. Mais pour justifier cette solution elle n'invoque aucun texte de loi. Elle la considère comme résultant de la volonté des parties. « Par son refus, le débiteur a laissé entendre d'une manière claire qu'il ne désire pas un délai pour l'exécution et qu'il ne fera pas usage du délai fixé ; il

(1) R. G. in Recht, 1910, n° 46.

(2) R. G. Z., Bd. 56, p. 224.

(3) R. G. Z., Bd. 66, p. 421 ; J. W., 1908, p. 3 ; J. W., 1911, p. 711.

(4) R. G. in J. W., 1902, p. 28 ; D. I. Z., n° 7, p. 68.

(5) R. G. Z., Bd. 51, p. 350.

ne veut pas exécuter. Par là, son refus contient une renonciation à la formalité de la fixation d'un délai. » Donc, la Cour Suprême semble se borner à constater une conséquence résultant de la volonté des parties.

Dans un autre arrêt, la Cour Suprême (1), après avoir développé le même argument, semble mettre l'accent sur d'autres motifs. Etant donné que cet arrêt marque un revirement de jurisprudence nous le reproduisons *in extenso*.

« Dans le cas présent, le défendeur a non seulement omis et refusé sérieusement d'accepter (ce qui aurait eu comme suite d'épargner au vendeur la sommation et la fixation du délai pour constituer la demeure du débiteur), mais bien plus il s'est abstenu d'une manière sérieuse, il s'est dédit du contrat en déclarant qu'il l'annule. » La Cour Suprême fait ensuite valoir l'argument historique, à savoir qu'une telle déclaration avait pour effet sous l'ancien Code de Commerce de constituer le déclarant immédiatement en demeure. « En fait, une telle déclaration fait apparaître à tout homme raisonnable que le vendeur livre d'abord les choses pour établir la demeure du débiteur ; par des déclarations de ce genre l'acheteur renonce au droit de l'art. 326 relatif à la sommation et à la fixation du délai. »

Mais des difficultés surgissent dans l'hypothèse où le vendeur est obligé à une prestation préalable. On doit se demander si la déclaration de l'acheteur d'annuler le contrat, faite avant la prestation préalable, donne au vendeur le droit d'option sans délai.

« La Cour Suprême s'est déjà prononcée en ce sens que dans un contrat synallagmatique, à cause de la violation positive du contrat qui menace l'économie générale du contrat (Positive Vertragsverletzung) d'une partie, l'autre partie peut déclarer la résolution ou exiger des dommages-intérêts pour inexécution, par application correspondante de l'art. 326. »

(1) R. G. Z., Bd. 57, p. 112.

Or, rien ne s'oppose à ce qu'on considère comme une « Positive Vertragsverletzung » le refus d'exécution injustifié et de mauvaise foi. Le résultat c'est « que dans de tels cas fondés sur la déclaration injustifiée et déloyale d'annulation, le vendeur est autorisé à résilier le contrat ou à exiger des dommages-intérêts pour inexécution par l'application correspondante de l'art. 326 du BGB. L'acheteur ne sera plus libre de rétracter sa déclaration d'annulation et de se déclarer prêt à exécuter ».

Dans cet arrêt, la Cour Suprême, après avoir vu dans le refus du débiteur une renonciation au délai, s'appuie sur un nouvel argument. Le refus du débiteur constitue une « Positive Vertragsverletzung » qui met en danger le but même du contrat. Comme toute violation positive du contrat, il a pour effet d'accorder au créancier un droit d'option, sans l'obliger à fixer au préalable un délai avec déclaration.

§ 3. — De l'opinion des auteurs qui n'approuvent pas la solution de la jurisprudence

125. Depuis le revirement marqué par l'arrêt de 1904 précité, la jurisprudence s'est établie dans ce sens (1). D'une manière constante elle décide que le refus du débiteur constitue une « Positive Vertragsverletzung » susceptible de produire pour le créancier les effets que la jurisprudence attache normalement à cette notion.

Cette manière de voir a rencontré une large approbation dans la doctrine. Les partisans de la théorie positive qui combattaient tous ce résultat n'ont plus insisté depuis l'arrêt de 1904. Ils avaient écrit au lendemain de la promulgation du BGB. (2) et critiquaient cette solution du strict point de vue du droit positif. Mais ils ne connaissaient pas les

(1) R. G. Z., Bd. 67, p. 313 ; Bd. 93, p. 286 ; Bd. 86, p. 342 ; Bd. 102, p. 262 ; Bd. 104, p. 278 ; Bd. 106, p. 93 ; Bd. 108, p. 69 ; Bd. 121, p. 132.

(2) A peu près tous en 1901.

arguments fournis par la théorie de la « Positive Vertragsverletzung », pure construction jurisprudentielle qui était apparue plus tard, en 1903 (1).

Certains auteurs qui avaient commencé par critiquer cette solution, au moment de l'apparition de cette théorie, l'ont approuvée entièrement : ainsi Staub (2) qui est l'auteur même de la théorie de la « Positive Vertragsverletzung » adoptée ensuite par les tribunaux. Pour toute cette théorie nous renvoyons (3) au chapitre qui lui sera consacré. Pour le moment, nous nous contenterons d'exposer les opinions des auteurs qui refusent de voir dans le refus du débiteur une « Positive Vertragsverletzung ».

LEHMANN (4) est d'avis que la « Positive Vertragsverletzung » ne rend pas superflu l'établissement du délai. De l'analogie avec l'art. 326 du BGB. il résulte que dans une semblable hypothèse, la fixation d'un délai est superflue seulement quand le créancier n'a plus d'intérêt à l'exécution. Car la garantie générale et immédiate du droit d'option est justifiée seulement si l'on admet que le refus d'exécution à titre de « Positive Vertragsverletzung » constitue la demeure et contient en même temps un refus en ce qui concerne le délai. Lehmann considère que ce n'est pas le cas.

KRÜCKMANN (5) estime que la première solution de la jurisprudence était seule juste. Selon lui, le refus contient une renonciation à la formalité du délai. Dans le cas d'un refus d'exécution déclaré avant l'échéance on ne peut parler d'une violation positive du contrat, car rien n'est lésé encore. Il n'y a même pas de demeure. Il estime que le refus contient une renonciation sur laquelle le débiteur

(1) Arrêt du 6 mars 1903 en R. G. Z., Bd. 54, p. 98.

(2) STAUB, art. 374, ann. 84.

(3) Voir *infra*, n^{os} 252 s.

(4) LEHMANN, *Die Positiven Vertragsletzungen*, Arch. Ziv. Prax., Bd. 96, p. 112 et *Unterlassungspflicht und Bürgerlichen Recht*, p. 287.

(5) KRÜCKMANN, Arch. Ziv. Prax. 116, pp. 245 et s.

ne peut pas revenir, car dans ce cas, on pourrait invoquer contre lui l'*exceptio doli generalis*.

FRITZ (1), l'auteur d'une minutieuse étude consacrée à la question, a fourni en même temps une critique plus approfondie et une tentative d'explication très intéressante, à l'aide d'un système original.

Cet auteur estime qu'on doit faire une distinction entre le refus fait avant et celui qui est fait après la sommation. Si le débiteur reste inactif après la sommation, le créancier a à sa disposition l'art. 326 du BGB.

I. Mais si le débiteur refuse d'exécuter d'une manière catégorique, il semble alors inutile de recourir au formalisme de l'art. 326 et de lui fixer un délai pour exécution. Le délai est une faveur pour le débiteur. Or, par son refus d'exécution, il indique qu'il ne veut pas en tenir compte. « D'un autre côté, le créancier a tout intérêt à obtenir le plus rapidement possible une situation juridique claire, à se libérer du contrat ou obtenir des dommages et intérêts » (2). Il faut trouver une voie qui le conduise à cela sans fixer de délai.

Mais Fritz doute que cette voie puisse être trouvée au moyen de la notion de « Positive Vertragsverletzung ». Il estime en effet que la « Positive Vertragsverletzung » consiste plutôt dans l'inexécution, dans la demeure. La déclaration de refus, même sérieuse, laisse quand même ouverte la possibilité de voir le débiteur exécuter, sous la menace de l'avis comminatoire de l'art. 326 du BGB. Si le créancier veut obtenir seulement la réparation du préjudice subi, les règles du code sont suffisantes. Il peut exiger des dommages-intérêts en outre de l'exécution en retard ou fixer un délai et, si le débiteur exécute malgré son premier refus, le créancier pourra exiger la réparation du dommage produit du fait qu'il a dû, en raison du retard, contracter par ailleurs.

(1) FRITZ, *Erfüllungsweigerung*.

(2) FRITZ, *op. cit.*, p. 204.

« Au contraire, la situation devient plus délicate quand le créancier a intérêt à faire valoir, immédiatement après le refus, la résolution ou les dommages-intérêts pour inexécution, sans fixation du délai » (1).

Quand, à cause de la demeure, le créancier n'a plus d'intérêt à exécution, il peut faire usage de l'art. 326, 2^e alinéa. Or, justement, quand l'intérêt à l'exécution est très grand, le créancier, en cas de refus du débiteur, doit pouvoir obtenir la prestation par ailleurs. « Pour y arriver sans inconvénient, il veut résilier le contrat, mais sans d'abord fixer au préalable un délai et sans attendre » (2).

II. Une autre hypothèse à envisager est celle où le refus se produit après l'échéance, mais avant la sommation. Dans ce cas, le créancier peut certainement aussi faire usage du 1^{er} alinéa de l'art. 326. Mais, étant donné l'attitude du débiteur, la sommation ainsi que l'établissement du délai semblent superflues. Le désir du créancier de se procurer une situation claire, de se libérer du débiteur de mauvaise foi, pour ne pas supporter le risque de voir celui-ci exécuter alors qu'il a couvert ailleurs ses besoins, est toujours aussi grand. Il ne veut pas davantage attendre pendant le délai, alors que le débiteur n'est pas prêt et ne veut pas recevoir la prestation du créancier. « Ici encore, le problème est de savoir comment le créancier peut faire valoir le droit de l'art. 326 du BGB. sans être lié par ses décisions ».

Si le débiteur refuse l'exécution après l'échéance, il doit se laisser traiter comme s'il n'avait pas exécuté après sommation et pendant le délai fixé conformément à l'art. 326 1^{er} al. Le premier cas est une subdivision de la demeure. Le deuxième cas ne rentre pas dans le cadre de la demeure. Si nous admettons « que le refus d'exécution remplace la sommation, constitue immédiatement la demeure et en même temps rend superflue la fixation du délai, cela cor-

(1) FRITZ, *op. cit.*, p. 205.

(2) FRITZ, *op. cit.*, p. 205.

respond à la théorie de Zitelmann de sommation à soi-même (*Selbstmahnung*) et à la théorie du refus de la Cour Suprême ». On peut encore estimer que le refus d'exécution constitue un cas différent de la demeure, exigeant des règles propres. C'est l'avis de ceux qui y voient une « Positive Vertragsverletzung ».

III. A un refus déclaré avant l'échéance, on ne peut pas appliquer les règles de la demeure, car celle-ci ne peut pas exister avant l'échéance. La jurisprudence, ainsi que la majorité de la doctrine, est d'avis que dans ces trois cas on a affaire à une « Positive Vertragsverletzung ». Le refus précis et définitif du débiteur constitue un « délit contractuel » qui menace le but du contrat. Et les auteurs voient dans le danger qui menace le but du contrat le motif qui garantit au créancier les droits de l'art. 326 du BGB. Par analogie avec l'art. 326, on doit lui permettre de résilier le contrat ou d'exiger des dommages-intérêts pour inexécution.

Fritz relève ce qu'à de curieux cette argumentation qui veut appliquer par analogie l'art. 326 qui exige sommation et délai, à des cas où on veut justement écarter ces formalités.

Dans le premier cas nous avons affaire à la demeure. Le refus crée une situation nouvelle, différente de celle de l'art. 326 du BGB., qui ne peut trouver sa solution dans cet article.

« On devrait trouver une solution qui lie directement le droit de résilier le contrat ou d'exiger des dommages-intérêts pour inexécution (donc le droit d'option) à la lésion contractuelle, sans fixation préalable de délai » (1).

Dans les deuxième et troisième cas, où il n'y a pas mise en demeure, l'application par analogie de l'art. 326 du BGB. ne peut pas avoir lieu. N'est pas applicable non plus la notion de sommation à soi-même (*Selbstmahnung*) car

(1) FRITZ, *op. cit.*, p. 208.

une sommation avant l'échéance ne peut pas être conçue.

Après avoir fait ainsi la critique des explications proposées, Fritz passe à l'exposé de son propre système.

D'abord, il reconnaît à la charge du débiteur une obligation de s'abstenir de toute action qui pourrait nuire au créancier, ou faire naître en lui des appréhensions. « Cette obligation, comme beaucoup d'autres obligations accessoires, dérive de l'art. 242 du BGB. ».

La reconnaissance de l'existence de cette obligation est très importante, surtout avant l'échéance, quand l'obligation principale ne peut pas être violée.

Quand le refus du débiteur est seulement passager et non définitif, nous avons affaire à la demeure et non à une » Positive Vertragsverletzung ». « La demeure est justement caractérisée par l'incertitude de la situation du créancier » (1). Le débiteur peut exécuter mais il ne le fait pas. Pour couper court à cette incertitude le créancier peut user de l'art. 326. Entre d'autres conditions, il faut que le débiteur soit en demeure, qu'il y ait incertitude en ce qui concerne l'exécution de l'obligation, et enfin que le débiteur soit responsable de l'inexécution. Ce sont les idées fondamentales de la notion de « Positive Vertragsverletzung ». Le Code connaît comme genre de lésion contractuelle seulement l'inexécution du débiteur en cas d'impossibilité et en cas de demeure (2). « Donc, d'après l'intention de la loi, le droit du créancier à la résolution ou aux dommages-intérêts pour inexécution est la conséquence juridique générale de la lésion contractuelle d'un contrat synallagmatique » (3).

Le Code fait une distinction entre les deux sortes d'inexécution, celle de l'art. 325 et celle de l'art. 326. Pour le créancier la voie normale est celle de l'art. 326. Dans ce cas on ne se préoccupe plus de la cause de l'inexécution ;

(1) FRITZ, *op. cit.*, p. 209.

(2) Dans ce sens : ZITELMANN, *op. cit.*, p. 268.

(3) FRITZ, *op. cit.*, p. 211.

« est suffisant le simple fait que le débiteur qui devrait exécuter ne le fait pas ». La situation du créancier est meilleure dans l'hypothèse où il peut prouver que la prestation ne doit plus être attendue, car elle est devenue impossible ; dans ce cas on applique l'art. 325. Car, il n'y a pas de raison d'appliquer les formalités de l'art. 326, alors qu'on a dès le début la certitude que la prestation ne sera pas exécutée. L'impossibilité fonde la certitude de l'inexécution. Le critérium de l'art. 325 (l'inexécution définitive) est différent de la situation de la demeure qui, par l'incertitude de la prestation, suppose une inexécution provisoire.

L'art. 326 doit être compris en ce sens, que par l'établissement d'un délai, il donne au créancier la possibilité « de rendre définitive une inexécution qui, en elle-même, n'était que provisoire » (1). Fritz est d'avis que le refus définitif d'exécution est de même nature que l'inexécution définitive.

Il en résulte que le cas de refus définitif d'exécution ne doit pas être mis en parallèle avec la demeure, comme on l'a fait à tort, mais avec l'impossibilité de la prestation. De même en effet que dans le cas d'impossibilité de prestation le créancier a la certitude de ne pas obtenir la prestation. Pour le créancier, peu importe que le motif de cette incertitude consiste dans l'impossibilité réelle ou dans la mauvais volonté du débiteur. Ce qui est important c'est de savoir si le débiteur est responsable de ce refus ; car, pour tous les effets juridiques de la « Positive Vertragsverletzung », il est nécessaire que le débiteur soit responsable des circonstances qui l'ont provoqué.

Le refus du débiteur a la même signification juridique que la déclaration du créancier faite dans les termes de l'art. 326. Par l'établissement du délai le créancier rend définitive l'inexécution qui était seulement provisoire. Mais il reste lié par cette déclaration, et ultérieurement il ne

(1) FRITZ, *op. cit.*, p. 212.

peut plus exiger l'exécution du contrat. Or, Fritz ne voit aucun inconvénient à appliquer la même idée juridique à la déclaration de refus du débiteur... « Si elle s'opère avec la même précision et la même irrévocabilité, comme la loi l'exige pour le créancier dans l'art. 326, elle en a les mêmes effets » (1). C'est-à-dire, dans cette hypothèse, le refus d'exécution transforme l'état d'incertitude en une certitude définitive. Le débiteur ne pourra plus exécuter ultérieurement. S'il le fait, l'opposition de l'*exceptio doli generalis* de Krückmann sera justifiée. Inversement, malgré le refus d'exécution du débiteur le droit à exécution reste au créancier quand il n'a pas fait usage de la résolution. Le résultat est le suivant :

« Le refus d'exécution coupable est une « Positive Vertragsverletzung » qui rend le débiteur responsable. Si le refus d'exécution est seulement provisoire l'inexécution doit être jugée d'après les règles de la demeure ». Le débiteur, selon les circonstances, répond des dommages moratoires et de l'exécution ultérieure (dans les termes de l'art. 286), ou dans le cas de refus avant l'échéance dans les termes de l'art. 242 et 276 du BGB.

« Le refus définitif d'exécution place à côté des art. 325 et 326 un troisième fait, celui de l'inexécution définitive qui, dans le Code, n'est pas réglée expressément, mais qui doit avoir les mêmes conséquences juridiques que les faits des art. 325 et 326 » (2).

« En cas de refus définitif d'exécution, l'exécution n'est pas exclue comme dans l'hypothèse de l'impossibilité, par la nature même des choses ; cette impossibilité (non définitive) résulte du sentiment juridique que la partie de mauvaise foi sera liée par sa déclaration précise ». C'est pourquoi celui qui se déclarait libéré du contrat ne peut plus y revenir et l'exécuter.

(1) FRITZ, *op. cit.*, p. 213.

(2) FRITZ, *op. cit.*, p. 214.

Ce cas d'application exceptionnelle par rapport aux principes formulés par le 1^{er} alinéa de l'art. 326, mérite une attention spéciale. Nous avons déjà signalé les différences remarquables qui la séparent du principe allemand proprement dit ainsi que les ressemblances qu'il présente avec le système français.

Il constitue une exception légale au système allemand. Comme tel, son importance est déjà à signaler. Mais il a une importance plus grande comme source de la jurisprudence extrêmement audacieuse et riche de conséquences, qui a élaboré la notion de « Positive Vertragsverletzung ».

CHAPITRE III

DE LA RÉSOLUTION POUR ABSENCE D'INTÉRÊT DU CRÉANCIER A L'EXÉCUTION PROVENANT DE L'EXÉCUTION PARTIELLE DU DÉBITEUR

(Art. 325 al. 1^{er} et art. 326 al. 1^{er})

SECTION PREMIÈRE

DE L'ÉTENDUE DE L'INEXÉCUTION

126. L'inexécution des obligations peut présenter des degrés différents de gravité. Entre la forme la plus anodine et celle qui est la plus inexcusable, il y a divers échelons que l'inexécution peut revêtir.

Tantôt l'inexécution est seulement partielle, temporaire et portant sur une obligation accessoire ; tantôt elle est totale, définitive et portant sur une obligation principale.

L'inexécution entraîne-t-elle toujours la résolution, sans aucune distinction quant à sa gravité ou, au contraire, l'étendue de l'inexécution constitue-t-elle un des éléments décisifs pour l'admission ou le rejet de la résolution ?

La connexité des obligations des parties constitue la caractéristique principale du contrat synallagmatique. Les obligations des parties se trouvent dans un rapport de dépendance et d'équilibre. Les deux groupes d'obligations se font réciproquement contre-poids en un équilibre, sinon

parfait et objectif, du moins relatif et subjectif. Comme nous l'avons déjà étudié (1), il n'y a pas entre les obligations contractuelles une équivalence mathématique ou un équilibre de valeur objective.

Dès lors, on ne peut dire que toute exécution, si légère fût-elle, atteint et détruit cet équilibre parfait. Dans l'examen de l'influence que l'inexécution peut exercer sur la rupture de cet équilibre on doit tenir compte des parties, du but du contrat ainsi que des considérations d'équité.

A condition de ne sacrifier aucune des parties à l'autre, on doit maintenir le contrat si l'inexécution n'a pas une gravité suffisante pour détruire l'équilibre. Cela nous amène à rejeter *a priori* les solutions absolues (2) ; celle qui refuse la résolution dans toutes les hypothèses où il n'y a pas inexécution totale, ainsi que celle qui exige la résolution pour toute inexécution quel que fut son peu d'importance.

127. Pourtant, toute inexécution entraîne un certain déséquilibre du contrat. Ce déséquilibre varie en raison directe de la gravité de l'inexécution. Comme tel il va du simple déséquilibre imperceptible jusqu'à la suppression définitive de l'équilibre contractuel.

Toute inexécution implique un déséquilibre et tout déséquilibre nécessite une réparation. Dans toutes les hypothèses où l'inexécution revêtira une forme bénigne, une réparation dans le sens positif est concevable. Elle aboutira au rétablissement de l'équilibre initial du contrat. Supposons qu'il s'agisse du retard ou d'une exécution incomplète. Quand par rapport à l'intention des parties ces inexécutions n'ont pas une grande importance, l'exécution dans la première hypothèse (avec une indemnité pécuniaire pour le retard) un complément d'exécution du reste inexécutée,

(1) Voir *supra*, n° 41 s.

(2) LEPELTIER, thèse citée, p. 204.

dans la seconde, seront des réparations rétablissant l'équilibre initial du contrat.

Ensuite, nous devons envisager le cas où la réparation de l'inexécution partielle par exécution ultérieure n'est plus possible. Il y a des cas où l'exécution ultérieure des réparations n'est pas possible parce que, soit la nature de l'objet, soit la nature de l'obligation, soit la volonté des parties ou enfin les intérêts du créancier s'y opposent. Dans cette hypothèse, à l'exécution complète d'une partie correspond une exécution seulement partielle de l'autre. Une exécution ultérieure de cette dernière partie, pour rendre la prestation complète, n'est pas possible. D'autre part, l'exécution boiteuse du contrat ne saurait être maintenue.

Pour réaliser l'équilibre contractuel il reste une seule possibilité : considérer le contrat comme exécuté jusqu'à la concurrence de l'exécution partielle et le résilier pour le reste qui correspond au quantum de l'inexécution. Dans cette hypothèse, on ne rétablit pas l'équilibre du contrat initial ; on lui substitue un nouveau contrat équilibré.

Pour admettre et pour réaliser cette résolution partielle, il faut tenir compte toujours de la volonté des parties par rapport à l'équité.

Dans une dernière hypothèse il nous reste à envisager le cas où la résolution partielle ne peut pas être considérée comme une réparation suffisante. L'inexécution partielle est tellement grave que, d'après la volonté des parties, elle équivaut à une inexécution totale. Alors l'inexécution partielle justifie la résolution totale.

§ 1^{er}. — De la résolution partielle consacrée légalement par le droit allemand

128. Dans les chapitres précédents nous avons supposé avoir affaire à une inexécution totale impliquant une résolution totale. Nous allons nous occuper maintenant de l'in-

fluence que l'étendue de l'inexécution peut exercer sur la résolution, de la résolution partielle et de ses conditions.

Le droit allemand a donné à cette question une solution légale. Son avantage sur le système français où la solution est de nature jurisprudentielle, consiste dans le fait d'avoir prévu et réglementé par avance la question. Si cette solution n'est pas entièrement satisfaisante, l'effort est en tout cas méritoire.

A propos de l'impossibilité d'exécution provoquée par la faute du débiteur, l'art. 325 al. 1^{er} dispose :

« En cas d'impossibilité partielle, si l'exécution partielle du contrat n'a plus pour elle aucun intérêt, elle (la partie contractante), a le droit d'exiger réparation de dommage pour inexécution de l'engagement dans sa totalité, dans la mesure de l'art. 280 al. 2, ou de résilier le contrat tout entier. »

A propos de l'inexécution du débiteur pendant le délai accordé par le créancier, l'art. 326 du BGB. consacre la même solution :

« Si jusqu'à l'expiration du délai, la prestation n'est que partiellement inexécutée, la disposition de l'art. 325 al. 1^{er} § 2 reçoit application correspondante ».

Donc, dans les deux hypothèses d'inexécution prévue par le BGB. on peut trouver une solution pour le cas où l'inexécution est seulement partielle. Et, dans cette hypothèse particulière, le créancier peut faire usage d'une résolution partielle ou totale selon ses intérêts.

Le terme de résolution partielle n'est pas utilisé par le BGB. Mais on s'accorde généralement dans la doctrine (1) et dans la jurisprudence pour admettre qu'elle a été consacrée, d'une manière implicite, par l'art. 325 al. 1^{er} § 2. En

(1) PLANCK, p. 154 ; TITZE, *op. cit.*, p. 187 ; KISCH, *op. cit.*, p. 184 ; KIPP, *Gutachten*, p. 286 ; FUCHS, *Gemeinschaftlichkeit*, pp. 70-71 ; OERTMANN, p. 199, etc...

effet il y est dit : « En cas d'impossibilité partielle, si l'exécution partielle du contrat n'a plus pour elle aucun intérêt... ». *Per a contrario*, on doit déduire que l'exécution partielle du contrat doit être effectuée chaque fois que le créancier y trouve un intérêt.

La question qui se pose est celle de savoir ce qui se passe avec la partie de la prestation qui n'a pas été exécutée. Il faut remarquer que dans les deux hypothèses l'inexécution partielle est définitive. Dons, une réparation par exécution ultérieure (1) est inconcevable.

Car, dans l'hypothèse de l'art. 325, l'inexécution provient de l'impossibilité. Dans celle de l'art. 326, toute exécution partielle ultérieure (quoique possible) est juridiquement exclue après l'expiration du délai. L'inexécution pendant le délai est transformée par l'expiration de celui-ci en impossibilité.

Mais l'équilibre contractuel se trouve rompu, car à l'exécution complète du créancier correspond une exécution seulement partielle du débiteur. La loi a bien indiqué que l'exécution partielle doit être maintenue (chaque fois que les intérêts du créancier n'exigent pas une autre solution). Mais elle n'a pas indiqué la modalité destinée à rétablir l'équilibre contractuel.

Il semble que le seul moyen serait de maintenir le contrat pour la partie ayant reçu exécution et de résilier pour le reste. Cette solution a pour elle l'avantage de la clarté et de la simplicité. Il semble bien plus simple de rétablir de cette manière l'équilibre rompu par l'inexécution, au lieu de détruire le contrat tout entier. Ainsi (2) on évite les conséquences graves d'une résolution totale, tout en satisfaisant à l'équité grâce à une nouvelle mise en équi-

(1) Voir *supra*, n° 127.

(2) LEPELTIER, thèse citée p. 304.

bre des prestations. Enfin par elle on aboutit à assurer *in extremis* l'existence et l'exécution du contrat.

Pourtant, il semble qu'on peut élever quelques objections contre cette solution. La doctrine française très circonspecte en l'absence de tout texte autorisant la résolution partielle, a vu en elle « l'aspect le plus aigu » (1) du conflit qui existe entre la résolution judiciaire et le principe de l'autonomie de la volonté.

En droit allemand, l'argument perd de sa valeur, car la résolution partielle y est admise d'une manière implicite (mais certaine).

Néanmoins dans le droit du créancier de résoudre partiellement le contrat, on peut voir une violation du principe de l'autonomie de la volonté. Car il n'est pas douteux que le contrat, œuvre de deux volontés, se trouve modifié par la volonté d'une seule partie. Mais malgré cela, la doctrine allemande (2) est unanime à reconnaître que le créancier qui possède encore un intérêt à l'exécution partielle, a le droit de l'exiger.

§ 2. — Droits d'option du créancier d'une obligation partiellement inexécutée

129. Pour la partie inexécutée (devenue impossible ou légalement exclue) le créancier a un droit d'option entre plusieurs possibilités (3) que nous indiquerons rapidement.

1° Le créancier peut accepter la partie possible de la prestation et exiger une indemnité pour le dommage résultant de l'inexécution partielle, conformément à l'art. 280 al. 1^{er}. En ce cas, il est tenu d'effectuer entièrement sa propre prestation.

2° Le créancier peut accepter la partie possible de la pres-

(1) LEPETIER, thèse citée, p. 304.

(2) STAUDINGER, p. 505.

(3) PLANCK, p. 154 ; NECHITCH, th. cit., pp. 80-81.

tation et exiger la réduction de sa propre prestation (pour l'étendue de l'inexécution du débiteur) dans les termes de l'art. 323 du BGB. S'il a déjà exécuté entièrement son obligation, il peut exiger qu'on lui restitue une quantité équivalente à la réduction (art. 323 al. 3).

3° Il peut exiger la partie possible et résoudre le contrat pour la partie inexécutée (art. 325 al. 1^{er} § 3 et art. 326 al. 1^{er}). C'est la faculté dont nous allons traiter ici. La différence pratique entre cette hypothèse (n° 3) et la dernière (n° 2) consiste en un seul point : quand le créancier a déjà effectué entièrement sa prestation, il a le droit d'exiger la restitution d'une partie correspondant à ce qui n'a pas été exécuté par le débiteur. Dans l'hypothèse présente, la restitution se fait conformément aux art. 346 et 347 du BGB., tandis que dans l'hypothèse indiquée au n° 2 la restitution se fait d'après les règles de l'enrichissement sans cause.

4° En refusant la partie encore possible de la prestation du débiteur, le créancier peut exiger des dommages-intérêts pour l'inexécution de toute l'obligation dans les termes de l'art. 280 al. 2.

5° Enfin, le créancier peut résilier le contrat tout entier.

Nous allons limiter la discussion à la résolution totale ou partielle.

130. Dans l'hypothèse de l'art. 326, l'inexécution partielle peut avoir lieu avant ou après l'établissement du délai convenable. Si à l'échéance le débiteur exécute seulement partiellement son obligation, le créancier peut lui fixer un délai convenable pour exécuter le reste. Si l'exécution du reste n'a pas lieu pendant le délai, le créancier peut opter entre des dommages-intérêts et la résolution, soit pour la partie inexécutée, soit pour le tout.

Le créancier possède les mêmes droits (la situation juridique étant la même) lorsque le débiteur n'exécute pas du tout à l'échéance et exécute seulement partiellement pen-

dant le délai. Le créancier a le choix entre la résolution partielle et la résolution totale s'il prouve qu'une exécution partielle n'a plus d'intérêt pour lui (1).

131. Le lendemain de la promulgation du BGB, Romeick, d'abord dans DJZ. 1901, p. 493, puis dans son ouvrage *Zur Technik des BGB*, p. 29, avait soutenu une opinion différente.

Cet auteur faisait une distinction entre les deux hypothèses. Si le débiteur exécutait partiellement à l'échéance, alors le créancier devait lui fixer un délai pour l'exécution du reste. L'inexécution du reste pendant le délai autorisait le créancier, selon Romeick, à exiger des dommages-intérêts, ou à déclarer la résolution du contrat tout entier. L'expiration du délai devait dispenser le créancier de prouver qu'il n'a plus d'intérêt à une exécution partielle.

Dans la seconde hypothèse où aucune exécution n'avait eu lieu à l'échéance et où une exécution partielle était réalisée pendant le délai, le créancier aurait dû, selon Romeick, être autorisé à fixer un second délai avec le même effet que celui de la première hypothèse.

132. L'opinion de Romeick est en contradiction avec les termes de l'art. 326 en vertu duquel le créancier est obligé à fixer un seul délai et non deux. Elle est contraire à la lettre du même article, car elle enlève le droit d'option du créancier portant sur la résolution partielle ou totale, avec l'expiration du délai. Or, le droit d'option entre les deux formes de résolution commence à exister justement avec l'expiration du délai. Enfin, cette opinion oblige le créancier à une résolution totale (en cas d'inexécution partielle) sans qu'il ait à prouver qu'à cause de l'inexécution partielle il n'a plus d'intérêt à l'exécution du contrat. Or, d'après les termes expresses de la loi, cette preuve est indispensable.

(1) PLANCK, p. 159 ; OERTMANN, p. 203 ; R. G. Z., Bd 50, p. 143 ; Bâ 53, p. 156 ; LEIPZIGER Z, 1, p. 747 ; D. I. Z., 1907, p. 366.

L'opinion de Romeick, déjà oubliée aujourd'hui, n'a jamais bénéficié de la faveur de la doctrine ni de celle de la jurisprudence.

SECTION II

DU CRITERIUM APPLICABLE POUR LE CHOIX ENTRE LA RÉSOLUTION PARTIELLE ET LA RÉSOLUTION TOTALE

Le créancier d'une obligation exécutée partiellement est en droit de faire usage de la résolution totale ou de la résolution partielle. Quel est le critérium qui nous permet de savoir quand le créancier a droit à l'une ou à l'autre ? Au premier abord il semble qu'on doit diriger les efforts de recherche vers le domaine subjectif des intentions des parties. Il semble que seule l'analyse de la volonté des parties, élément d'importance primordiale dans le domaine contractuel, pourra nous donner les solutions des problèmes. Car c'est seulement en nous rapportant à cette volonté que nous saurons si une exécution partielle peut être encore d'une certaine utilité ou non.

§ 1^{er}. — Du critérium subjectif résultant du but visé par le créancier lors de la conclusion du contrat

133. Le droit allemand voit, très justement d'ailleurs, dans les intérêts du créancier, l'élément principal du problème.

Pour savoir si une exécution partielle peut être utile ou non (c'est-à-dire si elle doit entraîner une résolution partielle ou totale) on doit tenir compte en premier lieu et surtout des intérêts du créancier. Les intérêts du créancier estimés d'après le but du contrat pourront permettre de voir si l'exécution partielle a une certaine valeur, entraînant une résolution partielle pour la partie non exécutée ou n'en a aucune, ce qui justifierait une résolution totale. En laissant

au créancier le soin de décider si « l'exécution partielle du contrat a (ou n'a plus) pour lui aucun intérêt » le BGB. a consacré la théorie subjective (1). Des termes de l'article 325 on devait déduire que le droit commun, en cas d'inexécution partielle, est la résolution partielle. Le créancier pourra recourir à la résolution totale seulement s'il rapporte la preuve qu'il n'a pas intérêt à une exécution partielle. Mais la doctrine (2) et la jurisprudence n'estiment pas qu'il y ait un certain ordre de préférence entre les deux sortes de résolution.

Le créancier d'une obligation partiellement inexécutée peut utiliser selon ses intérêts, soit la résolution totale, soit la résolution partielle. Ainsi il a été jugé (3) qu'une personne qui ne reçoit pas de courant électrique pendant un certain temps peut s'adresser à une autre société d'électricité et si celle-ci ne lui fournit qu'à condition de signer avec elle un contrat de longue durée, alors le créancier est en droit de résoudre totalement le premier contrat.

134. Dans l'hypothèse du 2^e al. de l'art. 280 du BGB., le créancier peut refuser la partie encore possible de la prestation « si l'exécution partielle ne peut avoir pour lui aucun intérêt ». Dans le cas du premier alinéa, § 3 de l'art. 325, le créancier peut refuser l'exécution partielle « si l'exécution partielle du contrat n'a plus pour lui aucun intérêt ».

Aux termes différents des deux articles correspondent, d'après la doctrine, des résultats pratiques différents. La seconde hypothèse envisage l'exécution partielle du contrat synallagmatique ; donc, l'échange connexe de prestations. Et c'est à cet échange partiel de prestations que le créancier ne doit plus avoir d'intérêt. Cette hypothèse va plus loin que la première. Car le créancier aura le droit de

(1) D'ailleurs en face d'un texte si précis aucune tentative d'explication objective n'en a été faite.

(2) STAUDINGER, p. 487.

(3) R. G. in Wärm Rsp., 1925, n° 21.

refuser l'exécution partielle possible toutes les fois qu'il n'aura plus d'intérêt à l'échange, même si l'exécution partielle a une valeur en elle-même. Ainsi l'acheteur d'un terrain (1) acquis en vue d'y construire une villa avec un grand parc, pourra résilier le contrat quand le vendeur ne pourra lui procurer qu'une superficie inférieure à celle convenue. L'exécution partielle de la prestation a une valeur en elle-même. Mais eu égard à son intention le créancier n'a plus d'intérêt à l'échange de prestations. Le créancier pourra refuser une prestation partielle toutes les fois qu'elle ne pourra pas remplir le but du contrat, même si celui-ci n'a pas un caractère d'indivisibilité conventionnelle (2).

En cas d'inexécution partielle les tribunaux français sont investis d'un large pouvoir d'appréciation. Ils recherchent la solution la plus conforme à la volonté des parties et à l'équité pour prononcer ou rejeter la résolution (3).

Bien que les systèmes français et allemand adoptent un critérium subjectif, il semble pourtant qu'il subsiste une certaine différence entre eux. Le droit allemand est plus protecteur pour le créancier. Car celui-ci peut résoudre le contrat en dehors de toute clause expresse, chaque fois qu'il peut prouver qu'une exécution partielle ne lui permet pas d'atteindre le but qu'il a poursuivi par la conclusion du contrat. Il convient de remarquer que cette preuve sera bien souvent très difficile à rapporter. Mais cette différence de nuance théorique ne semble pas avoir de grosses conséquences pratiques. En pratique, les deux systèmes présentent sinon une identité absolue, du moins une grande ressemblance.

La doctrine (4) et la jurisprudence (5) sont d'accord pour permettre au créancier de se placer au point de vue subjec-

(1) OERTMANN, p. 199.

(2) NECHITCH, thèse citée p. 81.

(3) NECHITCH, th. cit., p. 81 ; PLANIOL, note D. 91 1.329.

(4) OERTMANN, p. 199 ; STAUB, H. G. B., art. 374, Ann. 115 ; KIPP, *Gutachten*, p. 286.

(5) SEUFF A., Bd. 64, p. 262 ; SEUFF A., Bd. 114, p. 666.

tif pour apprécier si une exécution partielle présente ou non un intérêt. La valeur de l'exécution partielle est subjective... s'apprécie par rapport aux intentions du créancier et au but du contrat.

§ 2. — De la bonne foi des parties

135. D'un autre côté, les tribunaux se réservent le droit de juger de la bonne ou de la mauvaise foi des parties, d'apprécier leurs intentions au point de vue de l'équité.

La mauvaise foi du débiteur, le dol dont il s'est rendu coupable dans l'inexécution du contrat ou dans sa mauvaise exécution, sont des éléments qui peuvent justifier la résolution, alors que les conditions générales objectives (le peu d'importance de l'inexécution par exemple) n'auraient pas pu la justifier. Au contraire, la bonne foi dont le débiteur fait preuve peut être de nature à atténuer la gravité de l'inexécution partielle dont il est responsable. Tantôt l'inexécution est tellement légère, et la bonne foi du débiteur tellement manifeste que le contrat qui normalement aurait dû être rompu, est maintenu.

Ainsi, les tribunaux (1) ont refusé au créancier le droit de recourir à la résolution du contrat, malgré qu'il n'ait pas reçu de la part du débiteur l'acompte pendant le délai qu'il lui avait fixé dans ce sens. En effet le débiteur avait offert de payer, non seulement l'acompte, mais toute la somme, un jour après l'expiration du délai. L'inexécution semblait insignifiante par rapport à l'équité et la bonne foi du débiteur si évidente qu'on a maintenu le contrat malgré les termes formels de l'art. 326 al. 1^{er}.

D'un autre côté, le créancier doit être de bonne foi dans l'appréciation de ses intérêts. D'ailleurs, l'obligation de bonne foi est générale et domine toute l'institution de la

(1) SEUFF A., Bd. 79 p. 147.

résolution (1). Le créancier ne doit pas faire de l'appréciation de ses intérêts un moyen de gain illicite.

La jurisprudence française a tenu également compte de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur dans l'appréciation de l'étendue de l'inexécution. Elle (2) prononce beaucoup plus facilement la résolution lorsque l'inexécution partielle est due aux actes dolosifs et intentionnels du débiteur. Sur ce point aussi, il y a identité de vue entre la jurisprudence des deux systèmes.

136. L'inexécution partielle peut justifier une résolution partielle si le créancier se contente d'une exécution elle-même partielle. Mais chaque fois que le créancier n'a pas d'intérêt à l'exécution partielle il pourra recourir à une résolution totale.

La doctrine française a fait un effort remarquable en vue de dégager le critère selon lequel une inexécution justifie la résolution. La majorité de la doctrine (3) s'est ralliée à la conception subjective. Dans le domaine contractuel la volonté des parties joue un rôle capital. Et dans l'appréciation de la gravité d'une inexécution on ne peut pas en faire abstraction. Pour admettre ou refuser la résolution le juge doit apprécier la gravité de l'inexécution, eu égard à l'intention certaine ou probable des parties. CAPITANT (4) par exemple estime que la résolution doit être prononcée lorsque l'inexécution anéantit le but poursuivi par le créancier de l'obligation.

Une autre tentative, très intéressante, a été faite par

(1) Nous l'étudierons parmi les conditions supplémentaires nécessaires pour l'exercice de la résolution. Voir *infra*, n°s 141 s.

(2) LEPELTIER, thèse cit., p. 223 ; Req., 2 janv. 1901, *G. trib.*, 10 janv. 1901 ; Req., 5 janv. 1876, D. P. 76.1.267, etc.

(3) DEMOLOMBE, XXV, n° 499 et 500 ; LAURENT, XVII, n° 127 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, II, n° 912 ; CAPITANT, *Cause* ; PLANIOL, note sous Civ., 14 avril 1891, D. 91.1.329 ; LEPELTIER, th. cit., pp. 205 s.

(4) CAPITANT, *Cause*, n° 154.

MM. Picard et Prudhomme (1) qui ont recours à un critère objectif. Ces auteurs critiquent la théorie subjective qui fait dépendre la résolution de la volonté des parties. MM. Picard et Prudhomme distinguent trois systèmes de résolution selon qu'il y a inexécution ou d'une obligation essentielle ; ou d'une obligation accessoire (tendant à réaliser la fin pratique du contrat) ou de l'obligation générale de bonne foi.

Mais certains auteurs (2) n'adoptent pas cette théorie. Ils estiment nécessaire d'y introduire le facteur intentionnel. Seulement dans ce cas elle ne diffère que peu de la théorie subjective (3).

Il faut pourtant reconnaître que la théorie de MM. Picard et Prudhomme, en dirigeant les recherches dans le domaine objectif, a contribué d'une manière heureuse à dégager le véritable caractère de la résolution. Le contrat œuvre de la volonté des parties semble pourtant bénéficier d'une certaine existence propre. A partir de sa conclusion il semble avoir aussi un rôle social, objectif, tout en restant conforme à la volonté des parties. Le contrat est subjectif à l'origine mais tend à s'objectiver au cours de son existence. Dès lors il semble logique de permettre aux tribunaux (en cas d'inexécution) de prendre en considération aussi ce caractère social et objectif du contrat et de l'apprécier, sans négliger cependant à la volonté des parties. La résolution aussi est, ou peut être conforme à la volonté des parties, sans être uniquement le résultat de cette volonté. La résolution est une institution plus large bénéficiant d'une vie propre et qui dépasse le cadre étroit de la volonté des parties. C'est la « consécration légale de l'idée de justice contractuelle » (4). La théorie de MM. Picard et Prudhomme

(1) MM. PICARD et PRUDHOMME, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*. Rev. Trim, 1912, pp. 61 s.

(2) CAPITANT, *Cause*, n. 154 ; LEPELTIER, th. cit. pp. 214 s.

(3) LEPELTIER, th. cit., p. 221.

(4) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 137.

a le mérite de faire pressentir la formule de M. Ripert suivant laquelle la résolution est « non une application de la loi des parties, mais un échec au contrat » (1).

Il est intéressant de relever la formule de certains arrêts du Reichsgericht suivant laquelle la résolution doit être accordée si l'inexécution porte sur une obligation « dont l'importance est telle que son inexécution ne peut donner lieu à une simple prétention à exécution » (2). Cette nuance subtile laisse entrevoir la tendance de la jurisprudence. Il semble que pour apprécier le caractère essentiel ou accessoire d'une obligation ou la gravité de l'inexécution les tribunaux allemands s'inspirent aussi du critère objectif.

Bien qu'on n'ait pas encore trouvé de critère définitif ni dans le système français ni dans le système allemand, le parallélisme est visible entre eux. Dans les deux systèmes pour savoir quand une inexécution justifie la résolution ou semble adopter un critère qui n'est qu'un compromis entre les critères subjectif et objectif.

(1) RIPERT, *op. cit.*, p. 138.

(2) R. G. in J. W., 1927, p. 1416 ; D. R. Z., 1927, n° 182, D. J. Z., 1927, p. 812 ; Recht, 1927, n° 890 ; R. G. Z., Bd. 101 p. 429.

CHAPITRE IV

DE LA RÉSOLUTION POUR ABSENCE D'INTÉRÊT DU CRÉANCIER A L'EXÉCUTION PROVENANT DE L'INEXÉCUTION D'UN « FIXGESCHAEFT » (ART. 361)

137. Le système de l'article 326, lourd et compliqué n'offre pas une garantie sérieuse pour la juste satisfaction des besoins de la pratique.

Les rédacteurs se sont rendu compte que l'application de l'art. 326 aboutit pratiquement à priver l'ayant droit du bénéfice de la résolution dans toutes les hypothèses où l'exécution précisément à l'échéance fixée était de l'essence même du contrat et où la simple inexécution devrait justifier l'emploi immédiat de la résolution.

Il est certain que l'exécution constitue le but du contrat. Mais il n'en est pas moins vrai que bien souvent l'exécution tardive ne présente plus d'intérêt pour la partie qui, en contractant, a eu en vue l'exécution exactement à l'échéance indiquée. Les rédacteurs du BGB. ont remarqué que dans toutes ces hypothèses dénommées des « Fixgeschäfte » (1) le système de l'article 326 ne pouvait pas donner satisfaction. La préoccupation de remédier à cette lacune est visible même dans le premier projet. Prenant comme modèle le

(1) Actes dont l'exécution doit avoir lieu nécessairement à l'échéance fixée.

HGB. (1) et par dérogation au principe qui n'accordait pas la résolution pour simple inexécution, le premier projet consacre dans l'article 361 un droit de résolution spécial pour simple inexécution à l'échéance convenue, des obligations ou actes qui doivent être exécutés rigoureusement à la date fixée.

Le deuxième projet consacre la même solution dans un article devenu plus tard l'art. 361 BGB. et qui dispose : « Lorsque, dans un contrat synallagmatique, il a été convenu que la prestation de l'une des parties devrait être effectuée exactement à date rigoureusement fixée ou dans les limites d'un délai rigoureusement fixé, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que si la prestation ne s'effectue pas à la date fixée ou dans le délai fixé, l'autre partie doit être autorisée à opérer la résolution ».

Il convient de remarquer que le droit de résolution de l'art. 361 n'est pas entièrement un droit de résolution contractuel comme le laisse entendre le titre qui contient cet article.

Il est certain que les parties peuvent se réserver un droit de résolution pour le cas où l'une d'elles n'exécuterait pas le « Fixgeschäft » à l'échéance convenue. Dans cette hypothèse on a affaire à un droit de résolution contractuelle.

Mais en l'absence de toute stipulation contractuelle l'art. 361 du BGB attribue un droit de résolution légale au créancier de l'obligation inexécutée dérivant d'un « Fixgeschäft ». Il est nécessaire qu'on ait affaire à un contrat de ce genre. Une fois établi ce caractère de « Fixgeschäft » en cas d'inexécution, la résolution est accordée en vertu de la loi. Donc, de ce point de vue, il s'agit d'un droit de résolution légal et non conventionnel.

Le caractère que doit présenter un contrat pour constituer un « Fixgeschäft » est suffisamment mis en évidence par le présent article ; nous n'insistons pas davantage. En tout

(1) Motive, Bd. II, p. 199.

cas, la question de savoir si l'exécution à la date ou pendant le délai rigoureusement fixé a été essentielle pour les parties, constitue une question de fait. Il semble qu'un rapport juridique a le caractère d'un « Fixgeschäft » lorsque l'exécution ne peut pas avoir lieu à une autre échéance qu'à celle indiquée (1).

138. En l'absence d'un principe général admettant la résolution pour simple inexécution (comme l'art. 1184 C. Civ. fr.) la tendance de la jurisprudence allemande a été d'attribuer une portée très large à l'art. 361.

Ainsi les tribunaux n'exigent pour l'application de cet article, ni que les parties aient employé pour désigner le contrat le terme de « Fixgeschäft », ni qu'elles aient prévu expressément la résolution pour inexécution (2). Il doit seulement résulter de l'intention des parties que l'échéance est fixée pour l'exécution de façon définitive et cette condition en même temps est essentielle pour le contrat. Or, il semble que cette désignation peut ressortir aussi de certaines circonstances. Mais la Cour Suprême (3) a décidé que le caractère de « Fixgeschäft » doit ressortir du contrat et non des circonstances qui lui sont extérieures.

Il a été jugé (4) que la caractéristique d'un tel acte c'est qu'il ait été passé en vue de la date de son exécution. Le terme de livrer « promptement », « exactement », « précisément », à une date du calendrier ont été considérés par la jurisprudence (5) comme suffisamment explicites pour faire un « Fixgeschäft » du contrat qui les contient.

(1) LESSER, *Inhalt der Leistungspflicht*, p. 113.

(2) STAUDINGER, p. 640.

(3) R. G. in Recht, 1925, n° 5.

(4) R. G. Z. Bd. 51, p. 348 ; O. L. G. Hambourg in Hans G. Z. 1923, p. 125.

(5) R. O. H. G., Bd. 2, p. 93 ; Bd. 7, p. 386 ; Bd. 8, p. 236 ; Bd. 9, p. 408 ; R. G. Z., Bd. 1, p. 241 ; Bd. 36, p. 83 ; GRUCHOTS B., Bd. 64, p. 902 ; J. W., 1902, p. 247 ; R. G. in Recht 1907, n° 1625.

Il a été jugé d'autre part (1) que le contrat contenant la clause « livrable jusqu'à la mi-novembre » ne constitue pas un « Fixgeschäft ». De même, la clause d'envoi rapide (2).

Le terme de l'exécution doit être déterminé d'une manière précise (3). Ainsi, l'achat d'une quantité de noix, « pour la Noël » constitue un « Fixgeschäft » (4).

Au moment de la dépréciation du mark-papier, on considérerait comme « Fixgeschäft », le contrat qui stipulait que le prix devrait être payé jusqu'à une certaine heure (5). Constitue également un tel acte, l'achat fait par une banque (dans le but de s'assurer un cours) de valeurs étrangères livrables jusqu'à un certain jour (6).

Lorsque le commerce consistant dans l'envoi de marchandises dans les pays d'outre-mer doit se réaliser dans un délai fixé d'avance, on a affaire à un « Fixgeschäft ». Le vendeur a plusieurs mois devant lui pour l'envoi de la marchandise, mais le délai est établi d'une manière précise. Il en est de même pour l'Abladegeschäft (commerce de déchargement dans un sens large) quand la date du déchargement est d'une importance spéciale pour le contrat (7).

Il convient de remarquer que pour l'application de l'art. 361 il faut qu'on ait affaire à un contrat synallagmatique parfait. En effet, cet article n'est pas applicable à un contrat unilatéral ou à un contrat synallagmatique imparfait (8).

139. Le créancier d'un « Fixgeschäft » inexécuté à l'échéance peut recourir à la résolution immédiate du contrat et sans accomplir les formalités de l'art. 326. Il n'est même pas nécessaire que le débiteur soit en demeure.

(1) R. G. in Recht, 1919, n° 731.

(2) R. G. in Warn Rsp., 1922, n° 49.

(3) THÖL, *Handelsrecht*, art. 281 ; D. J. Z., 1902, p. 393 ; R. G. Z., Bd. 51, p. 347.

(4) O. L. G. KASSEL in R. O. L. G., Bd. 43, p. 38.

(5) R. G. in J. Rdch, 1926, n° 1914.

(6) R. G. Z., Bd. 108, p. 158.

(7) R. G. Z., Bd. 88, p. 73 ; Bd. 97, p. 185, etc...

(8) STAUDINGER, p. 641.

Les auteurs (1) sont d'accord pour attribuer au créancier le droit de résolution, même sans se préoccuper de savoir si l'exécution provient du fait du débiteur ou d'une cause étrangère et fortuite. Dans cette hypothèse spéciale, la simple inexécution est suffisante pour justifier la résolution immédiate. La jurisprudence aussi est établie dans ce sens (2).

Normalement, le créancier d'une obligation inexécutée, pour aboutir au droit de résolution, doit accomplir les formalités de l'art. 326. Dans l'hypothèse d'un « Fixgeschäft », l'art. 361 vient le dispenser de cette obligation. La jurisprudence (3) a jugé qu'un simple contrat synallagmatique dans lequel les parties ont inséré une clause les dispensant d'établir un délai selon l'art. 326 en vue de la résolution ne constitue pas un « Fixgeschäft ». Dans ces cas il est nécessaire de constituer d'abord le débiteur en demeure et de lui fixer ensuite un délai convenable pour l'exécution.

L'art. 361 du BGB. garde le silence sur la question de savoir si l'ayant droit à la résolution peut, en cas d'inexécution d'un « Fixgeschäft », poursuivre quand même l'exécution du contrat. Les auteurs (4) sont d'accord pour admettre l'affirmative. Il faut faire une exception qui découle d'ailleurs de la nature des choses, pour le cas où l'inexécution à l'échéance entraîne en même temps l'impossibilité d'exécution.

Dans ce genre de contrat, l'option de l'ayant droit à la résolution porte sur des droits spéciaux et différents de ceux que le Code met normalement à sa disposition. Dans l'hypothèse de l'inexécution d'un « Fixgeschäft » l'ayant droit à la résolution peut exiger : a) soit la résolution immédiate ; b) soit des dommages-intérêts pour inexécution ; c)

(1) STAUDINGER, p. 641 ; CERTMANN, Bem 3 zu 361 ; PLANCK-SIEBER, bem I zu 361.

(2) R. G. Z., Bd. 108, p. 159 ; R. G. in L. Z., 1926, Sp. 821.

(3) R. G. in Recht, 1911, n° 2840.

(4) STAUDINGER, p. 642 ; PLANCK-SIEBER, Bem 1 Zum 361.

soit enfin l'exécution en nature avec des dommages-intérêts moratoires.

Il convient de remarquer que c'est la deuxième fois que dans le droit allemand l'exécution en nature est accordée comme droit d'option à côté de la résolution. Comme nous l'avons déjà signalé, une des caractéristiques essentielles du système allemand consiste justement dans le fait que ces deux possibilités sont ordinairement dissociées. Le caractère subsidiaire de la résolution s'oppose à ce que cette faculté soit accordée au créancier de l'obligation inexécutée, tant que l'exécution en nature est encore possible. Ces deux possibilités ne sont, en thèse générale, jamais accordées alternativement, mais toujours successivement.

L'hypothèse du « Fixgeschäft », qui permet au créancier de l'obligation inexécutée de poursuivre l'exécution forcée ou d'agir en résolution, constitue la deuxième exception légale au principe allemand. La jurisprudence (1) en fournira une troisième.

Observons pour terminer que c'est la partie voulant tirer des conséquences juridiques de l'inexécution d'un « Fixgeschäft » qu'il appartient de prouver ce caractère spécial de l'acte (2).

(1) Voir *infra*, n^{os} 252 s.

(2) ROSENBERG, Arch. Ziv. Prax, Bd. 94, p. 119 ; R. G. in Recht, 1906, n^o 2652.

TITRE III

DE LA RÉOLUTION POUR « POSITIVE VERTRAGSVERLETZUNG » DU DÉBITEUR

140. L'apparition des cas nouveaux ne présente aucune difficulté dans les Codes où le législateur a procédé en établissant des principes généraux.

Toute autre est la situation des codes conçus comme le BGB. où le législateur a employé une technique législative différente, en donnant des solutions de détail pour chaque cas spécial. A moins d'avoir affaire à un législateur parfait, ayant prévu tous les cas possibles, on aperçoit vite des lacunes. L'absence de principe général et les solutions de détail que le BGB. fournit en matière d'admission de la résolution devraient porter leurs fruits au lendemain de sa mise en vigueur. Car malgré ses efforts le législateur allemand n'a pas réussi ce tour de force de prévoir toutes les hypothèses possibles.

Les tribunaux ont été très vite mis en présence des inexécutions qui, ne rentrant pas dans les cas prévus par le BGB., n'étaient susceptibles de justifier une action en résolution. Staub (1) s'est aperçu que le BGB. passe sous silence la série des cas dans lesquels « quelqu'un viole une obligation contractuelle par un fait positif en faisant ce qu'il doit éviter,

(1) STAUB, *Festschrift für den 26 Deutschen Juristentag.*

ou exécute l'obligation qu'il doit effectuer, mais d'une façon défectueuse » (1). Staub conclut que le BGB. contient une lacune relative aux « *Positiven Vertragsverletzungen* ».

Mais comme il était urgent d'accorder un droit de résolution dans ces hypothèses, la Cour Suprême s'est appropriée immédiatement l'argumentation et les conclusions de Staub. Cette chose était d'autant plus facile que la deuxième chambre du Reichsgericht (11 Zivilsenat) qui a consacré la théorie de la « *Positive Vertragsverletzung* », était précisément celle qui jusqu'à 1900 avait à juger les litiges relevant du code civil français, en vigueur dans certaines provinces allemandes. La profonde connaissance que cette chambre avait du droit français et de la résolution de l'art. 1184 C. Civ. fr. l'a décidée à considérer l'art. 326 du BGB. comme l'expression d'un principe général admettant la résolution pour toute inexécution.

Depuis lors, l'expression de « *Positive Vertragsverletzung* » a pris un sens extensif. Par ce terme on entend actuellement, non seulement les violations des obligations de ne pas faire par un fait positif, mais toutes les inexécutions, toutes les violations des obligations contractuelles ou les mauvaises exécutions qui ne sont pas prévues par la loi et qui justifient une action en résolution, à cause du fait qu'elles mettent en danger le but du contrat. De cette façon, les graves lacunes du BGB. dans cette matière ont été comblées.

Nous nous contentons de mentionner ici ce cas général d'inexécution justifiant la résolution. Mais pour ne pas scinder l'exposé de la théorie de la « *Positive Vertragsverletzung* » nous renvoyons à la deuxième partie de notre dernier livre où cette théorie ainsi que ses résultats pratiques sont exposés dans leur intégralité (2).

(1) STAUB, *Positiven Vertragsverletzung*, p. 5.

(2) Voir *infra*, n^{os} 252 s.

TITRE IV

DES AUTRES CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR L'EXERCICE DE LA RÉOLUTION

Satisfaire à toutes les conditions formelles requises par la loi n'est pas suffisant pour permettre l'exercice de la résolution pour une des parties. En effet, aux conditions générales et prévues d'une manière expresse par le législateur s'ajoutent d'autres conditions supplémentaires, mais indispensables.

Les conditions supplémentaires que le créancier de l'obligation inexécutée doit remplir pour pouvoir agir en résolution sont : d'abord d'avoir satisfait à ses engagements et d'être de bonne foi dans l'exercice de la résolution ; ensuite de ne pas avoir renoncé à la résolution, où encouru une déchéance.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OBLIGATION DE BONNE FOI QUE DOIT RESPECTER LE CRÉANCIER DANS L'EXERCICE DE LA RÉSOLUTION

141. D'une façon générale les parties doivent exécuter leurs engagements de bonne foi. De même que le droit français le BGB. décide dans l'art. 242 que « le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exige la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis dans les affaires ».

La règle morale ainsi que l'obligation générale de bonne foi semblent avoir une force particulière dans cette partie du droit (1). Les institutions juridiques sont des moyens destinés à réaliser l'idée de justice, l'idéal d'équité. Il est inadmissible de détourner ces institutions de leur véritable but. On doit d'une manière générale interdire à toute personne d'employer une règle juridique pour couvrir ses actes inavouables, de mettre ainsi le droit au service de la tromperie et de l'illicéité. Les tribunaux interdisent user des institutions juridiques en respectant la forme, mais dans un but déloyal ou de spéculation. Ce serait abuser et non user de la règle juridique.

La mauvaise foi dont font preuve les parties contractantes dans la conclusion et dans l'exécution d'un contrat, est susceptible de justifier des solutions que l'application rigou-

(1) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles.*

reuse des textes ne laissait pas entrevoir. Dans un système souple où les tribunaux interviennent pour apprécier spécialement chaque cas et pour rendre des solutions appropriées, le dol, la mauvaise foi ou l'intention déloyale dont fait preuve le débiteur dans l'inexécution est de nature à aggraver sa responsabilité. Nous n'insisterons pas sur cette hypothèse qui n'est pas celle du droit allemand, puisque ce ne sont pas les tribunaux qui y prononcent la résolution. D'ailleurs l'inexécution dont le débiteur est responsable est par elle-même suffisamment grave pour engager sa responsabilité.

§ 1^{er}. — Exécution de sa propre obligation

142. Par la conclusion du contrat synallagmatique s'établit un équilibre juridique et économique entre les obligations des parties. Mais en même temps s'établit entre elles un rapport de bonne foi, qui les oblige à mettre toute la loyauté et la diligence dans l'exécution de leurs obligations. Dans les contrats synallagmatiques cette obligation prend une forme spéciale. Pour le créancier elle se traduit par la nécessité d'être fidèle au contrat dont il invoque le bénéfice. Car on ne saurait permettre au créancier de se plaindre de l'inexécution du débiteur, alors que lui-même n'exécute pas. La partie qui, à cause de l'inexécution de l'autre, veut faire usage de la résolution, doit avoir elle-même exécuté son obligation ou être prête à l'exécuter. La différence existant entre l'attitude respective des parties, justifie au point de vue moral, l'emploi de la résolution. Dans cette hypothèse l'obligation de bonne foi que le créancier doit remplir, prend une forme qui se laisse projeter sur le plan juridique. Malgré le silence du BGB., la jurisprudence (1) exige d'une manière constante que la partie qui veut user de la résolution fasse preuve de bonne foi contractuelle, en

(1) R. G. in L. Z. 1915, Sp. 354 ; 1917, Sp. 960 ; Sp. 957 ; R. G. Warn. E., 1917, p. 66 ; 1925, p. 64 ; R. G. in Recht, 1917, n° 1016 ; 1922, n° 816 ; 1924, n° 1113 ; 1925, n° 1257 ; R. G. I. R. 1925, p. 137, etc.

exécutant ou en étant prêt à exécuter son obligation. Ainsi il a été jugé (1) que le vendeur qui a aliéné l'objet de la vente, ne peut pas exercer les droits prévus à l'art. 326 du BGB. car il s'était mis dans la situation de ne pouvoir exécuter sa propre obligation. La Cour Suprême (2) exige d'une manière constante que le vendeur qui demande des dommages-intérêts pour inexécution prouve qu'il était prêt à exécuter le contrat et en état de le faire. Dans une autre espèce (3), la Cour Suprême affirme d'une manière très claire qu'une partie n'est autorisée à faire usage de la résolution que si elle est demeurée fidèle au contrat. Dans une vente (4) d'automobile, où on avait promis un essai, qui dans aucun cas ne pouvait précéder le paiement du prix, il a été jugé que l'acheteur auquel on refuse l'essai avant le paiement du prix, ne peut agir en résolution. Le fait de dénaturer les clauses de la convention où de leur donner une interprétation abusive constitue une preuve de mauvaise foi susceptible de priver une partie du bénéfice de la résolution (5). On peut donc dire de façon générale que l'ayant-droit à la résolution fait preuve de sa mauvaise foi en n'étant pas disposé à exécuter sa propre obligation ni en situation de le faire, où encore en empêchant l'exécution du contre par l'autre partie (6).

La partie contractante qui veut faire usage de la résolution ou des droits prévus à l'art. 326 du BGB. doit prouver sa fidélité au contrat, et prouver encore qu'elle était prête à exécuter et dans la situation de le faire. La jurisprudence (7) est constante dans ce sens. Dans une espèce où le demandeur poursuivait la résolution pour que l'autre partie

(1) R. G. in J. W., 1926, p. 606.

(2) R. G. in Recht, 1922, n° 816.

(3) Recht, 1929, n° 486.

(4) R. G. J. R., 1926 p. 674.

(5) Recht, 1917, n° 1805.

(6) R. G. in L. Z., 1915, Sp. 354 ; R. G. Recht, 1922, n° 816 ; Warn Rsp., 1925, n° 48.

(7) R. G. D. R. Z., 1931, p. 811 ; R. G. in L. Z., 1931 Sp. 1154.

lui avait livré de la marchandise d'une qualité inférieure la Cour Suprême (1) affirme expressément que le demandeur doit prouver que le contrat l'autorisait à exiger la qualité indiquée, que les conditions de l'art. 326 étaient remplies et qu'enfin il était prêt à exécuter son obligation et dans la situation de le faire.

Il faut ajouter que en principe la charge de la preuve de l'exécution incombe toujours au débiteur de l'obligation inexécutée. Malgré l'absence d'un texte expresse dans ce sens, les auteurs (2) et la jurisprudence (3) sont dans ce sens.

**§ II. — But loyal que doit poursuivre le créancier
exerçant la résolution**

143. Enfin, toujours dans le cadre de la même discussion, il convient de remarquer que l'ayant-droit à la résolution doit faire preuve de bonne foi non seulement au moment de la résolution, mais aussi dans l'usage qu'il fait de la résolution. Ainsi on ne saurait pas permettre à l'ayant-droit d'employer la résolution dans un esprit de spéculation et par là même déloyal. On est en présence d'une intention déloyale, dans l'usage de la résolution lorsque l'ayant-droit tarde trop longtemps de faire usage de son droit d'option dans le but de spéculer sur les risques du débiteur, ou encore lorsqu'il revient sur l'option dans un but déloyal. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces deux hypothèses lors de l'étude du droit d'option (4).

Signalons enfin que ces solutions dans leur ensemble sont similaires à celles du droit français (5). Elles sont en même temps conformes à la tradition historique ainsi qu'au but de la résolution, qui étant une institution d'équité, tend à protéger la partie de bonne foi.

(1) R. G. in J. W., 1910, p. 937.

(2) STAUDINGER, p. 533 ; ROSENBERG, *Beweislast*, pp. 380 s.

(3) R. G. J. W., 1914, p. 73 ; O. L. G. Köln in L. Z., 1921, Sp. 236.

(4) Voir *infra*, n^{os} 164 s.

(5) LEPELTIER, n^o 92 ; PICARD-PRUDHOMME, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, p. 99-103, etc...

CHAPITRE II

DE LA PERTE PAR LE CRÉANCIER DU DROIT D'EXERCER LA RÉSOLUTION

SECTION PREMIÈRE

DE LA RENONCIATION DU CRÉANCIER

144. Pour pouvoir agir en résolution il faut encore que l'ayant droit n'y ait pas renoncé. L'ayant-droit à la résolution peut, à son gré, comme tout titulaire d'un droit, l'exercer ou renoncer à l'exercer. Car selon la formule de Laurent « la faculté de renoncer est de droit commun, elle appartient à toute personne capable de disposer de ses biens » (1). La renonciation est définitive. L'ayant-droit ne peut plus revenir sur elle ; son droit d'agir en résolution se trouve paralysé.

La renonciation peut être expresse. Dans ce cas aucune difficulté ne se présente.

Mais la renonciation peut être aussi tacite. Dans cette hypothèse des difficultés peuvent surgir. D'une manière générale les tribunaux ont un pouvoir souverain pour examiner chaque cas et décider si on a affaire ou non à une renonciation implicite. On doit décider dans chaque hypo-

(1) LAURENT, VII, n° 72.

thèse spéciale si l'ayant-droit doit être privé du bénéfice de l'exercice de la résolution. « La résolution aboutit, si elle est prononcée, à la mise à néant du contrat et au rétablissement du *statu quo ante*. Le créancier de l'obligation inexécutée qui se met dans l'impossibilité de restituer ce qu'il pu recevoir de son débiteur, qui, par conséquent, rend impossible l'accomplissement des effets normaux de la résolution, ne renonce-t-il pas par là même, à intenter une action résolutoire » (1).

Dans l'attitude du créancier, qui d'un côté exigerait le rétablissement de l'état de choses antérieur et qui d'un autre côté le rendrait impossible, il y a une contradiction qu'on ne saurait admettre.

Entre le droit français et le droit allemand il y a une différence du point de vue du droit positif. Aucun texte formel ne résoud cette question en droit français. Le BGB. dans les art. 351-353 règle cette question en détail (2). En l'absence de texte formel, en droit français, on reconnaît aux juges un pouvoir souverain d'appréciation pour décider si tel fait implique renonciation ou non (3). Tout au contraire, le droit allemand tend à priver l'ayant-droit du bénéfice de la résolution à titre de sanction. Dans les deux systèmes le résultat pratique est le même, mais l'argumentation juridique qui le justifie est différent.

SECTION II

DE LA DÉCHÉANCE DU CRÉANCIER

145. Le système allemand, où la résolution n'est pas prononcée par les tribunaux, ne pouvait accorder aux juges le pouvoir souverain d'appréciation pour décider si, dans tel

(1) LEPELTIER, th. cit., p. 237.

(2) NECHITCH, th. cit., p. 155 et s. ; LEPELTIER, th. cit., p. 273 et s. ; SIBICIANO, *La renonciation en droit français*, thèse, Paris, 1932, p. 193 s.

(3) SIBICIANO, th. cit., p. 194.

cas spécial le fait de l'ayant-droit à résolution entraîne renonciation. Pour éliminer l'intervention des juges, le BGB. dans une série d'articles a prévu d'une manière détaillée les faits du créancier de l'obligation inexécutée qui sont susceptibles de le priver du bénéfice de la résolution.

Il semble que le droit allemand ait attribué à ces dispositions un fondement juridique spécial. Le fait du créancier qui met obstacle aux effets normaux de la résolution, en empêchant la restitution de l'objet reçu, n'est pas considéré comme étant la manifestation de la volonté de renoncer à l'exercice de la résolution.

Le droit allemand a recours à un système plus compliqué. Il semble que le créancier qui se met dans l'impossibilité de restituer l'objet reçu, perde le droit d'exercer la résolution non parce qu'il y renonce, mais parce qu'il en est déchu. Le droit allemand prononce contre l'ayant-droit une déchéance, une véritable sanction civile. Il s'ensuit qu'entre le droit français et le droit allemand il y a une différence d'argumentation juridique pour expliquer le même effet. L'ayant-droit qui se met dans l'impossibilité de restituer l'objet reçu perd le droit d'exercer la résolution. Le droit français y voit une renonciation, tandis que le droit allemand y voit une déchéance.

L'explication fournie par le droit allemand est compliquée et illogique à la fois car la déchéance est intimement liée à l'idée de faute. Et bien des fois les éléments de la faute ne seront pas réunis. Dans ces hypothèses on prononcera contre l'ayant-droit une déchéance, malgré qu'il n'y ait pas faute de sa part.

En principe le droit allemand prive donc le créancier du droit de déclarer la résolution s'il s'est mis dans l'impossibilité de restituer la chose reçue par sa faute.

Le BGB. envisage séparément plusieurs hypothèses : a) la résolution ne peut pas être exercée lorsque l'ayant-droit a causé par sa faute une détérioration essentielle, la perte ou tout autre fait rendant impossible la restitution de l'objet

reçu. La perte d'une partie importante de l'objet est assimilée à une détérioration essentielle. Le créancier doit également répondre de la faute de ses agents et préposés dans les termes de l'art. 278. Cette hypothèse est réglée par l'art. 351 du BGB.

b) Suivant l'art. 352 la résolution est exclue, lorsque l'ayant-droit transforme ou change par voie d'utilisation industrielle la chose reçue en une chose d'espèce différente.

c) Enfin une dernière hypothèse est prévue par l'art. 353, qui prive l'ayant-droit de l'exercice de la résolution lorsque celui-ci a disposé par voie d'aliénation de la chose reçue et lorsque le tiers acquéreur se trouve dans une des situations indiquées aux points *a* et *b*.

Nous allons étudier spécialement chacune de ces hypothèses.

§ 1^{er}. — Perte du droit de résolution pour détérioration
du fait du créancier de l'objet reçu

146. La question de savoir quelles sont les conséquences de la détérioration ou de la destruction de la chose reçue par l'ayant-droit s'est posée aussi dans le droit commun (1) relativement à l'*actio redhibitoria*. L'opinion dominante ne semble pas avoir considéré la résolution comme étant exclue en principe si toutefois la détérioration ou la destruction n'emportait pas renonciation, ou n'était pas causée par une intention dolosive. Le BGB. paraît avoir adopté le point de vue du droit commun en consacrant l'art. 351 qui dispose : « La résiliation est exclue lorsque l'ayant-droit, par sa faute, a causé une détérioration essentielle, la perte ou toute autre impossibilité de restitution de l'objet reçu.

La perte d'une partie importante de l'objet est assimilée à une détérioration essentielle ; la faute d'autrui dont

(1) WINDSCHEID, *Pand.*, 394, n° 12 ; ECK, *Festschrift für Beseler*, p. 161 ; OERTMANN, p. 346.

l'ayant-droit aurait à répondre d'après l'art. 278 est assimilée à une faute personnelle de l'ayant-droit. »

147. Pour l'application de cet article plusieurs conditions doivent être réunies :

a) Il faut d'abord que l'objet reçu par l'ayant-droit à la résolution en exécution du contrat soit perdu, détruit ou détérioré, en totalité, ou dans une mesure importante. Une simple détérioration qui ne porte pas sur une partie importante de l'objet reçu ne peut pas entraîner l'application du présent article. L'ayant-droit conserve le droit de déclarer la résolution. En conséquence il devra restituer l'objet reçu et répondre de la détérioration dans les termes de l'art. 347 989 du BGB. (1).

La question de savoir quand la détérioration porte sur une partie importante de l'objet reçu, est une question de fait, destinée à être résolue dans chaque cas spécial. Dans cette appréciation on doit tenir compte du but visé au contrat de l'intention et de l'intérêt des parties.

Il faut que la perte ou la détérioration porte sur l'objet même et qu'elle emporte une diminution de son utilité. La jurisprudence (2) refuse de considérer comme détérioration au sens de l'art. 351, une diminution de valeur causée indirectement par une circonstance extérieure qui ne porte pas atteinte à l'objet reçu. Il n'est pas absolument nécessaire que la lésion de la chose soit matérielle ou corporelle. Les tribunaux estiment (3) comme suffisante l'atteinte à l'utilité pratique ou économique de l'objet. Pourtant il a été jugé que la transformation d'une maison d'habitation en un magasin de commerce ne constitue pas une détérioration au sens de l'art. 351 (4).

b) Ensuite il faut que la perte ou la détérioration soient

(1) OERTMANN, p. 347 ; PLANCK-SIEBER, p. 461 ; STAUDINGER, p. 623.

(2) R. G. Z., Bd. 64, p. 374 ; J. W., 1907, p. 46, n° 5.

(3) R. G. in J. W., 1910, p. 997.

(4) R. G. Warn. Rsp., 1916, n° 131.

produite par la faute de l'ayant-droit. L'interprétation de cette condition a provoqué une discussion qui divise encore à l'heure actuelle la doctrine allemande.

L'art. 351 a été consacré par les rédacteurs comme se référant à la résolution contractuelle. Par l'intermédiaire de l'art. 327 on a étendu son application aussi à la résolution légale. Mais cette extension faite, sans examen préalable et sérieux, d'une hypothèse à une autre qui n'est pas identique a entraîné des inadvertances et des contradictions.

Les parties qui ont stipulé un droit de résolution contractuel, l'ont eu en vue et tant que l'exécution définitive et complète du contrat n'a pas eu lieu ; elles doivent donc compter sur l'exercice éventuel de la résolution. Dans cette hypothèse la partie contractante qui détériore ou détruit l'objet reçu le fait certainement en pleine connaissance du droit de résolution. Toute différente est la situation en cas de résolution légale (1). La partie peut détruire l'objet reçu en ignorance totale du droit de résolution ou de l'éventuel exercice de ce droit. La loi exige que la perte ou la destruction de l'objet reçu soit coupable. Donc elle doit être provoquée intentionnellement ou par négligence. Pour cela il faut que l'ayant-droit sache (ou ignore par négligence) que la perte ou la destruction de l'objet le mettra dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation de restitution déclanchée par la résolution. Mais tant que la résolution n'est pas déclarée, il n'y a aucune obligation de restitution à la charge de l'ayant-droit (2).

Dès lors, on ne peut logiquement considérer l'ayant-droit comme coupable d'avoir rendu impossible l'exécution de l'obligation de restitution, alors que cette obligation n'était pas encore à sa charge. L'obligation de restitution naît plus tard en même temps que l'exercice de la résolution, donc postérieurement à la perte ou à la destruction de l'objet.

(1) STROHAL, *Jahr. Dogm.*, Bd. 33, p. 371.

(2) RAAPE, *Wollensbedingung*, p. 44 ; STAUDINGER, p. 624.

Pour échapper à cette contradiction sans issue la doctrine a recours à plusieurs explications.

148. On a longuement discuté sur le sens qu'il faut attribuer à l'expression « fautive » (*schuldhaft*).

Selon une première interprétation cette expression n'a pas à proprement parler un sens technique. Par l'expression « fautif » on doit comprendre tout fait qui produit la perte ou la détérioration de l'objet et qui est imputable à l'ayant-droit. Suivant cette opinion, l'art. 351 du BGB. pour la notion de *culpa* n'exige pas que la perte ou la détérioration soit causée dans l'intention de rendre impossible la restitution. Les auteurs qui partagent ce point de vue, estiment que le simple fait matériel de la destruction même dépourvu de l'élément intentionnel est susceptible de fonder la notion de faute au sens de l'art. 351. Suivant cette opinion, l'expression « faute » semble indiquer plutôt un fait imputable qu'un fait coupable. Ils invoquent comme un argument en faveur de leurs opinions, le fait que le BGB. emploie plusieurs fois l'expression de « Verschulden » ou « schuldhaft » dans un sens différent du sens technique (1).

Ces auteurs estiment qu'on ne peut parler d'intention ou de négligence dolosive car avant la déclaration de résolution l'ayant-droit qui a détruit la chose s'est comporté en propriétaire.

Un autre argument dans ce sens est fourni par l'art. 352 aux termes duquel le fait matériel de la transformation de l'objet reçu, rend l'ayant-droit coupable, même en l'absence d'élément intentionnel.

Ils estiment que la notion de culpabilité possède un sens technique. En matière de résolution légale, la destruction ou la perte de l'objet reçu par l'ayant-droit est coupable seulement quand elle est faite en connaissance (ou ignorance fautive) de l'obligation de restitution.

(1) WEYL, *Verschuldensbegriffe*, pp. 296, 314.

Kisch (1) exprime d'une façon très claire ce point de vue. Il dit qu'une « Schuld » dans ce sens existe seulement quand lors de l'acte allégué, le motif de la résolution existait déjà et était connu par l'ayant-droit qui pouvait au moins le prévoir.

Planck (2) partage la même opinion, car pour la violation coupable d'une obligation il exige la connaissance (ou l'ignorance due à la négligence) de l'obligation. Cet avis semble être celui de Warneyer (3) qui déclare que « la perte coupable au sens de l'art. 351 n'atteint l'ayant-droit ou ses représentants, alors qu'il existe une simple faute au sens de l'art. 276 ; mais lorsqu'il l'a causée intentionnellement ou quand il a détruit ou détérioré l'objet en ignorance fautive du droit de résolution ». Rehbein (4) semble aussi admettre ce point de vue.

Mais plusieurs auteurs ne partagent pas cette opinion. Windscheid (5) estime que par « Verschulde », intention ou négligence relative à l'objet il ne faut pas comprendre la faute par rapport à l'obligation éventuelle de restitution. Si on prenait la notion dans ce dernier sens on devrait alors exiger la connaissance ou l'ignorance par négligence du droit de résolution ».

Oertmann est (6) du même avis. Il estime peu probable que dans cette hypothèse par détérioration coupable on entende la violation de l'obligation de restitution ; celle-ci naît seulement après la déclaration de la résolution. Car cette violation exclut justement la résolution. Cet auteur entend perte ou détérioration coupable tout acte imputable à l'ayant-droit.

(1) KISCH, *Unmöglichkeit*, p. 141.

(2) PLANCK, p. 459.

(3) WERNEYER, p. 690.

(4) REHBEIN, p. 251.

(5) WINDSCHEID (Theodor Keip), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II, p. 348.

(6) OERTMANN, p. 347.

Enfin, suivant d'autres auteurs (1) la connaissance ou l'ignorance par négligence de la résolution n'est pas un élément nécessaire de la notion de *culpa* au sens de l'art. 351 du BGB. Car la destruction ou la perte de l'objet reçu prend un caractère coupable seulement à partir du moment où l'ayant-droit fait usage de son droit de résolution. Suivant cette opinion la détérioration devient rétroactivement coupable par le simple fait que le créancier déclare la résolution.

L'ayant-droit semble répondre seulement des actes dont il s'est rendu coupable effectivement. Les actes qui rentrent dans la sphère de responsabilité ne paraissent pas tous susceptibles d'être considérés comme coupables. L'art. 351 assigne à la responsabilité une étendue plus réduite mais précise et plus profonde comme faute. L'ayant-droit doit avoir provoqué la perte de l'objet reçu et non seulement être responsable de cette perte (2).

L'art. 351 al. 2 oblige l'ayant-droit à répondre dans les termes de l'art. 278 de la perte ou détérioration provoquée par son représentant légal ou par des personnes dont il utilise les services pour l'exécution de ses obligations.

Le BGB. ne décide rien en ce qui concerne l'incapacité de restitution où s'est mis l'ayant-droit. Les auteurs (3) sont d'accord pour lui refuser les effets de l'impossibilité. Cela signifie que la résolution n'est pas exclue par le fait que l'ayant-droit ne se trouve pas en état de restituer l'objet reçu. Dans ce cas la résolution deviendra inefficace du fait de l'art. 354 du BGB. (4).

La jurisprudence, tout en consacrant la solution de l'art. 351, se refuse à prendre parti pour l'un ou pour l'autre des systèmes proposés par les auteurs. D'ailleurs les arrêts sont assez rares et se réfèrent surtout à la rédhibi-

(1) STAUDINGER, p. 624 ; ENNECCERUS, Bd. I, teil II, § 263 II, 1 An. 5.

(2) STAUDINGER, p. 625.

(3) PLANCK, p. 459 ; STAUDINGER, p. 625.

(4) R. G. Z., Bd. 50, p. 190 ; Bd. 56, p. 260 ; Bd. 59, p. 93.

tion (1) en matière de vente de choses entachées de vices.

La jurisprudence a jugé que l'art. 351 s'applique seulement aux détériorations et pertes qui ont lieu avant la déclaration de la résolution. La résolution une fois déclarée ne peut plus être exclue par le fait que le déclarant détruit l'objet reçu et se met ainsi en impossibilité de restitution. Le débiteur d'un créancier ayant déclaré la résolution aura dans ce cas un droit aux dommages-intérêts conformément aux art. 347 et 989 du BGB.

La solution peut surprendre, car dans ce dernier cas l'ayant-droit est beaucoup plus coupable ; il rend impossible la restitution après avoir fait naître cette obligation par la déclaration de la résolution et alors qu'il sait pertinemment que l'obligation de restitution tombe à sa charge. Pourtant la jurisprudence (2) est ferme en ce sens. Les auteurs (3), à l'exception de Kipp (4), approuvent le point de vue de la jurisprudence.

§ 2. — Perte du droit de résolution
pour transformation de l'objet reçu du fait du créancier

149. Une seconde hypothèse dans laquelle le créancier perd le droit de résoudre le contrat est prévue par l'art. 352 qui dispose : « La résiliation est exclue lorsque l'ayant-droit, par voie d'utilisation industrielle ou de transformation, a changé la chose reçue en une chose d'une autre espèce ».

L'application de cet article ne donne lieu à aucune difficulté. Le genre de transformation n'a aucune importance, pas plus que la valeur de la transformation par rapport à la valeur de la chose.

(1) R. G. Recht 1908, n° 3113 ; Recht, 1909, n° 2631.

(2) R. G. Z., Bd. 59, p. 99 ; Bd. 71, p. 276 ; J. W., 1909, p. 456 ; Recht, 1909, n° 2631, Seuff A., Bd. 65, n° 23.

(3) WARNEYER, p. 691 ; PLANCK, p. 460 ; STAUDINGER, p. 625.

(4) WINDSCHEID, KIPP, 349.

Pour l'application de cet article, le BGB. n'exige aucune culpabilité de la part du créancier (1).

La transformation doit être effectuée par le créancier. La transformation exécutée par un tiers ne peut pas conduire à l'application du présent article lorsqu'elle constitue un cas fortuit qui ne tombe pas dans le champ de responsabilité du créancier. La transformation doit porter sur l'objet reçu ou sur une partie importante dudit objet. Autrement la résolution est admissible. Seulement dans cette hypothèse l'ayant-droit répondra de la transformation dans les termes des art. 347 et 989 du BGB. La question de savoir si la transformation a changé une partie importante de l'objet est une question de fait.

Les auteurs (2) sont d'accord pour admettre que l'art. 352 s'applique seulement aux transformations qui ont eu lieu avant la déclaration de la résolution. Les transformations faites après la déclaration de la résolution ne privent pas le créancier du droit de déclarer la résolution mais l'obligent seulement à répondre dans les termes des art. 347 et 989 du BGB.

§ 3. — Perte du droit de résolution pour aliénation de l'objet reçu par le créancier

150. L'aliénation de l'objet reçu de la part du créancier nous fournit une dernière hypothèse dans laquelle il perd son droit de déclarer la résolution. Ce problème se posait aussi en droit commun par rapport à la rédhibition, une des seules formes de résolution légale que le droit commun connaissait. Mais le droit commun répondait d'une manière imprécise à la question de savoir si la vente de l'objet reçu par l'ayant-droit le prive du droit de déclarer la résolution.

Les sources du droit romain (3) sur lesquelles se fondaient

(1) OERTMANN, p. 348 ; WARNEYER, p. 691 ; STAUDINGER, p. 626.

(2) STAUDINGER, p. 627.

(3) Fr. 31, § 12 h. t. et fr. 47, § 1 h. t.

deux opinions contraires étaient elles-mêmes contradictoires, rendant ainsi possible l'existence simultanée de deux interprétations différentes (1).

La jurisprudence interprétant l'ancien droit commercial penchait à admettre que le fait d'aliéner l'objet reçu enlève au créancier le droit d'exercer la résolution. Elle (2) voyait dans l'aliénation faite par l'ayant-droit une renonciation au droit de déclarer ultérieurement la résolution.

Après la promulgation du BGB, certains auteurs ont repris l'idée que l'aliénation de l'objet reçu équivalait à la renonciation à l'exercice de la résolution de la part du créancier. Zieler (3) estime que d'une manière générale le créancier qui aliène l'objet reçu (tout en sachant qu'il devra le restituer dans l'hypothèse de la rédition) manifeste d'une manière tacite l'intention de renoncer à faire valoir la résolution.

Mais l'hypothèse de la renonciation doit être rejetée toutes les fois que l'ayant-droit au moment de l'aliénation se réserve d'une manière expresse le droit d'exercer la résolution, ou le droit de reprendre l'objet dans le cas où il exercera la résolution. Zieler estime qu'une renonciation tacite ne peut pas être admise à l'encontre d'une déclaration expresse. L'hypothèse de la renonciation doit être également rejetée lorsque le créancier découvre le vice après l'aliénation de la chose, donc lorsqu'il aliène ignorant encore son droit à la résolution. Ainsi il aboutit à la conclusion que toute aliénation n'équivaut pas à renonciation. La question doit être tranchée dans chaque cas spécial.

La jurisprudence postérieure au BGB., suivant la voie

(1) ECK, *Festgabe für Beseler*, 1885, p. 161 ; CONZE, *Der Einfluss einer Verfügung des Kaufers über die Kaufsache auf die adilicischen Rechtsmittel nach gemeinen Recht und BGB*, Diss., 1903, Berlin, p. 24-26.

(2) R. O. H. G., Bd. 11, p. 202 ; R. G. E., Bd. 17, p. 67 ; R. G. E., Bd. 43, p. 37.

(3) ZIELER, *Einfluss der Weiterveräußerung der Kaufsache, insbesondere eines gekauften Tieres, auf das Wandelungsrecht des Käufers*, J. W., 1908, p. 292.

tracée par l'ancienne jurisprudence du droit commun, a adopté dans certains arrêts (1) le point de vue suivant lequel l'aliénation équivaut à une renonciation. Mais tous ces arrêts se réfèrent à des cas spéciaux dans lesquels l'ayant-droit avait aliéné la chose reçue en pleine connaissance de son droit de résolution. Les tribunaux étaient donc fondés à y voir une renonciation à l'exercice de la résolution.

Certains auteurs n'ont pas adopté cette explication. Ainsi Riezler (2) estime que dans cette hypothèse on a affaire à une déchéance (*Verwirckung*) et non à une renonciation tacite ou indirecte. Cet auteur est d'avis que dans le domaine des rapports d'obligation la renonciation doit revêtir la forme d'un contrat, chose qui suppose l'acceptation de la déclaration de renonciation. Même si la renonciation peut exister par volonté unilatérale il faut admettre qu'on ne peut pas en parler si, au moment de l'aliénation, le créancier s'est réservé d'une façon expresse le droit d'exercer la résolution. Et si, dans cette hypothèse, le créancier perd le droit de déclarer la résolution, c'est parce qu'il encourt une déchéance indépendamment de sa volonté.

Planck (3) propose un système transactionnel suivant lequel le créancier doit perdre le droit d'exercer la résolution, chaque fois qu'il résulte des circonstances qu'il a renoncé, ou enfin par l'application de l'art. 353, lorsqu'il a aliéné l'objet reçu, même sans qu'on puisse voir une renonciation tacite dans cet acte.

Une autre partie de la doctrine (4) est d'avis que l'aliénation de l'objet reçu, faite par l'ayant-droit dans les termes de l'art. 353, pour le priver du bénéfice de la résolution, doit constituer une faute aux termes de l'art. 351 du BGB. Il faut que le tiers acquéreur soit coupable de l'impos-

(1) R. G. Z., Bd. 22, p. 79 ; Bd. 39, p. 172 ; R. G. Z., Bd. 54, p. 80.

(2) RIEZLER, *Venire contra factum proprium*.

(3) PLANCK, p. 461.

(4) OERTMANN, p. 487 ; WARNEYER, p. 692 ; ADLER, *op. cit.*, p. 497.

sibilité de restitution au sens de l'art. 351. Cela signifie que : « tout acte qui aurait exclu le droit de réhabilitation s'il avait été exécuté par l'acheteur, l'exclut également s'il est exécuté par le tiers acquéreur ». Oertmann (1) estime que la notion de faute de l'art. 351 n'est pas la notion courante. Pour pouvoir résoudre cette question il faut faire appel au critère de responsabilité du *bonus pater familias*. Le créancier est en faute lorsqu'il viole l'obligation de diligence du *bonus pater familias*. La résolution est exclue toutes les fois qu'une pareille faute peut être relevée à la charge du tiers acquéreur. Pour l'application de l'art. 353 il faut : a) ou que l'aliénation apparaisse comme coupable, chose possible lorsque l'aliénation se produit en connaissance du droit de résolution ; b) ou qu'elle apparaisse comme étant la cause de l'impossibilité de restitution.

Mais beaucoup d'auteurs sont d'avis que les éléments nécessaires à l'existence d'une faute ne sont pas réunis dans l'hypothèse de l'art. 353. L'obligation de restitution n'existe à la charge du créancier qu'au moment de la déclaration de résolution (2). Pourtant le BGB. parle d'une faute avant cette obligation, car les Motifs estiment que l'ayant-droit doit compter dès le début sur la résolution. Or, les auteurs précités (3) estiment que c'est une erreur de vouloir fonder la faute sur la connaissance du droit de résolution, chose qui exclut la possibilité d'une faute avant la connaissance du droit de résolution.

C'est pourquoi Zitelmann (4) estime que ces hypothèses font partie de la notion de « faute envers soi-même » ou « faute dans ses propres affaires ». Le droit objectif fait

(1) OERTMANN, p. 493.

(2) RÜMELIN, *Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf und Civil Recht*, Arch. Ziv. Prax, Bd. 90, p. 171.

(3) CONZE, *Der Einfluss einer Verfügung des Käufers über die Kaufsache auf die adilicischen Rechtsmittel nach Gemein Recht und BGB.* (Diss.).

(4) ZITELMANN, *Das Recht des Bürgerliches Gesetzbuchs*, All. Teil, pp. 152, 160.

dépendre certaines conséquences juridiques de l'attitude de l'ayant-droit. Dans ce cas on ne peut pas parler de l'obligation de se comporter d'une certaine façon. Pourtant, pour pouvoir bénéficier des avantages que la loi fait dépendre d'une certaine attitude, il faut respecter cette attitude.

D'autres auteurs (1) repoussent cette explication et critiquent la notion de « faute envers soi-même » proposée par Zitelmann. Conze estime que le créancier perd son droit de résolution seulement quand son exercice causerait un préjudice à une autre personne. Cette personne ne serait autre que le débiteur qui ne retrouverait plus sa chose. Le législateur ne doit pas oublier les intérêts de ce dernier. Il doit interdire la résolution lorsque le créancier a détruit ou aliéné la chose à restituer. Conze conclut qu'« une juste appréciation des intérêts en présence exige que toute destruction coupable ou non économique de la chose exclut la résolution de la part de l'acheteur de telle façon que la notion de faute, même pour le BGB., doit être construite indépendamment de la nécessité de connaître le vice... » ou le droit de résolution.

Au début, la jurisprudence (2) voyait dans l'aliénation de la chose à restituer une renonciation à l'exercice de la résolution. Actuellement, il semble que la jurisprudence, tout en consacrant les effets de la perte du droit d'exercer la résolution, évite de prendre parti entre les diverses théories proposées.

Remarquons encore que l'aliénation de la chose à restituer prive le créancier de l'exercice de la résolution lorsqu'elle est faite avant la déclaration, mais non lorsqu'elle intervient après.

151. L'existence de ces dispositions dans le BGB. peut surprendre. Comme nous le verrons (3) la résolution ne

(1) CONZE, *op. cit.*, p. 53 ; CROME, p. 494.

(2) R. G. Z., Bd. 22, p. 79 ; Bd. 39 p. 172 ; R. O. H. G., Bd. 13, p. 358.

(3) Voir *infra*, n^{os} 197 s. et n^{os} 214 s.

produit pas en droit allemand des effets réels. Les parties n'ont pas la certitude de recevoir, par l'exercice de la résolution, l'objet même des prestations effectuées. D'ailleurs le BGB. a réglé d'une façon minutieuse la restitution par équivalent (1) toutes les fois que la restitution en nature n'est pas possible. Dès lors il semble surprenant de voir le droit allemand prononcer une déchéance pour l'impossibilité de restituer en nature, alors que la résolution ne produit pas des effets réels.

Ces solutions, dans leur ensemble, sont raisonnables. Elles sont surtout défendables lorsqu'il faut voir dans la destruction ou dans l'aliénation de la chose à restituer une renonciation de la part du créancier. Pourtant le droit allemand a adopté un raisonnement plus subtil. Il a préféré y voir une faute susceptible de priver, par déchéance, l'ayant-droit de l'exercice de la résolution. Le raisonnement est valable toutes les fois que le créancier a détruit ou aliéné l'objet reçu en pleine connaissance de son droit de résolution. Dans cette hypothèse, on peut voir dans la destruction de l'objet reçu une faute susceptible de le priver de l'exercice du droit de résolution. Mais il est impossible de découvrir une faute dans l'attitude du créancier, lorsqu'il détruit ou aliène la chose en ignorance absolue de son droit de résolution. En disposant de sa chose, le créancier s'est comporté en propriétaire. Au point de vue du droit subjectif, il n'est pas possible de considérer comme coupable ce propriétaire car, les éléments de la faute ne sont pas réunis.

D'ailleurs la doctrine a aperçu le point faible du système du BGB. C'est pourquoi elle a tâché d'y remédier en proposant des nombreuses solutions. Parmi les explications proposées, les plus étranges sont celles de la « faute rétro-active » et de la « faute envers soi-même ». Si on accepte cette dernière explication et si on considère que toute

(1) Voir *infra*, n° 201 s.

faute dommageable implique réparation, on aboutit au résultat absurde qu'une même personne est obligée envers elle-même à réparer le dommage qu'elle s'est causé par sa propre faute. Elle satisferait à cette obligation en faisant passer le quantum de la réparation d'une de ses poches dans l'autre. Cela semble nous dispenser d'insister davantage.

L'explication la plus simple et la plus plausible en même temps est celle de la renonciation. L'argument fourni par le droit allemand et suivant lequel la renonciation doit être le résultat d'un accord de volonté, n'a pas grande valeur. La résolution est un *Gestaltungsrecht* (1) qui se réalise par déclaration unilatérale de volonté. Or, si pour l'exercice de la résolution une seule volonté suffit, à plus forte raison pour y renoncer un accord de volonté ne doit pas être nécessaire.

Notre critique ne s'adresse pas au résultat qu'entraîne la solution adoptée par le droit allemand. Ce résultat est acceptable. Mais nous ne sommes pas d'accord avec le raisonnement par lequel il veut le justifier. Car la déchéance implique une idée de sanction. Et la sanction suppose la faute. Il semble en effet impossible d'admettre qu'on applique une sanction à une personne qui ne s'est rendue coupable d'aucune faute. Ici encore, le droit allemand a refusé d'adopter un raisonnement simple, du moment qu'il pouvait en utiliser un autre fort compliqué.

(1) Voir *infra*, n^{os} 184 s.

TROISIÈME PARTIE

FONCTIONNEMENT

DE LA RÉSOLUTION

DU DROIT D'OPTION DU CRÉANCIER

152. Nous avons vu dans quelles conditions le droit d'option est accordé au créancier d'une obligation contractuelle, rendue impossible (art. 325) ou inexécutée pendant le délai (art. 326) par le débiteur. Dans le premier cas le droit d'option porte sur trois facultés, dans le deuxième sur deux seulement.

a) Le créancier peut d'abord exiger des dommages-intérêts pour inexécution (art. 325, 326). Dans ce cas, selon la doctrine, le contrat subsiste ; le créancier est obligé d'exécuter son obligation contractuelle et de recevoir des dommages-intérêts au lieu de l'obligation rendue impossible (art. 325) ou inexécutée par le débiteur pendant le délai (art. 326).

b) Quand la prestation est rendue impossible par un fait dont le débiteur est responsable (art. 325) le créancier peut faire valoir les droits mis à sa disposition par l'art. 323 al. 2 du BGB.

Dans ce cas, conformément à l'art. 281 du BGB., le créancier peut exiger que le débiteur lui transfère les réparations ou la créance à réparation, qu'il a pu acquérir en

équivalence de la prestation rendue impossible. D'après les termes de l'art. 323 al. 2, le contrat subsiste également dans cette hypothèse et le créancier est obligé d'exécuter sa propre prestation.

c) Le créancier peut enfin déclarer la résolution du contrat.

CHAPITRE PREMIER

DU CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DE LA RESOLUTION

153. Le droit d'option du créancier ne porte pas sur l'exécution en nature. Celle-ci ne coexiste pas avec la résolution.

Dans l'hypothèse de l'art. 325 cette solution est normale, car l'impossibilité concerne justement l'exécution en nature. Mais dans le cas de l'art. 326, cas où l'exécution en nature est toujours possible, il semble surprenant de ne pas voir le droit d'option du créancier porter en même temps sur la résolution et sur l'exécution en nature. Cet article tend justement à dissocier ces deux possibilités, à ne jamais les admettre ensemble, comme si elles devaient s'exclure réciproquement. Le créancier d'une obligation contractuelle inexécutée par le débiteur possède (comme nous l'avons vu) (1) un premier droit d'option. D'abord il peut exiger l'exécution avec des dommages-intérêts moratoires. Ensuite il peut fixer au débiteur un délai pour l'exécution. L'expiration de celui-ci entraînera comme première conséquence l'exclusion de l'exécution en nature, puis attribuera au créancier un droit d'option portant sur les facultés indiquées plus haut. L'exécution en nature est exclue

(1) *Supra*, n° 109.

au moment où naît pour le créancier le droit de faire usage de la résolution (1). C'est en cela que consiste une des différences capitales entre le système français et le système allemand.

154. Conformément à l'art. 1184 du Code Civil Fr. « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution... Entre ces deux moyens le créancier choisit en toute liberté : même si l'exécution est encore possible, il peut cependant demander la résolution (2) ».

En droit français le droit d'option du créancier porte à la fois sur l'exécution et sur la résolution. Mais ce fait n'empêche pas une certaine hiérarchie d'exister entre les deux termes de l'option, ni la résolution d'être considérée comme subsidiaire (3). « Si les deux termes de l'option ouverte au créancier par l'art. 1184 Code Civil sont placés par le législateur sur un pied d'égalité, il est certain par contre qu'une sorte de hiérarchie s'établit entre eux dans l'esprit du créancier et que la résolution présente pour lui un caractère subsidiaire, en ce sens qu'il y aura recours seulement lorsque l'action en exécution se sera révélée inefficace ou d'un résultat certain » (4).

Le caractère subsidiaire de la résolution dans le système français n'est pas de nature légale. C'est une conséquence indirecte, déduite de la volonté des parties. Celles-ci en contractant ont eu en vue l'exécution du contrat et non sa résolution. Donc la résolution ne peut avoir qu'un caractère subsidiaire par rapport à l'exécution contractuelle. Mais

(1) CAPITANT, *Cause*, p. 365 ; NECHITCH, *L'action en résolution dans les contrats*, thèse, Paris, 1909, p. 47.

(2) LEPELTIER, *th. cit.*, p. 42.

(3) NECHITCH, *th. cit.*, p. 44 ; DEMOLOMBE, t. 25, n. 530 ; HUC, t. 7, n° 270 ; BAUDRY-LACANTINERIE-BARDE, t. 2, n° 917.

(4) LEPELTIER, *th. cit.*, p. 42 ; CASSIN, *Cours*, 1934-35 p. 373.

le droit français n'a jamais entendu consacrer d'une manière légale cette hiérarchie. De la formule employée par l'art. 1184 C. Civ. il résulte même le contraire, car il semble que la loi mette sur pied d'égalité les deux termes de l'option. Cette disposition s'explique par le fait que, dans la pensée du législateur français, la résolution est une vraie sûreté et non un pis-aller auquel doit se résigner le créancier qui n'a pas réussi à obtenir l'exécution du contrat. La résolution « ayant pour résultat de libérer le créancier de ses propres obligations, elle fait peser sur la tête du débiteur la menace de le priver de l'exécution de sa créance. Comme il doit attacher à cette exécution une certaine importance, il peut être ainsi poussé à satisfaire ses engagements » (1).

De cette manière détournée, l'exercice de l'action résolutoire constitue donc « une voie d'exécution à rebours » (2), « une garantie de l'exécution du contrat »... qu'on doit « rapprocher des autres sûretés » (3).

Mais le caractère de sûreté de l'action résolutoire prend aussi d'autres formes que celle d'une garantie à l'exécution du contrat. Du fait que la résolution replace les parties dans la situation antérieure au contrat, le créancier aura le droit de reprendre l'objet de la prestation déjà effectuée d'où qu'il se trouve, si la résolution entraîne des effets réels. Le droit que possède le créancier de poursuivre et reprendre l'objet de sa prestation après la résolution du patrimoine du débiteur ou du tiers auquel celui-ci l'avait transféré, est pour lui une sûreté extrêmement solide et efficace. Quand le débiteur est obligé à une prestation préalable qu'il n'exécute pas, l'action en résolution peut être utile pour le créancier. Grâce à elle il pourra donner un support juridique à son inexécution corrélative. De cette

(1) LEPELTIER, th. cit., p. 43.

(2) JOSSERAND, II, n° 379.

(3) CASSIN, *Cours doctorat*, 1934-35 ; LEPELTIER, th. cit., p. 43.

manière il pourra débouter le débiteur qui essaiera de le forcer à exécuter. Dans ce cas la résolution a un caractère préventif.

Enfin, la résolution jouera un rôle très efficace dans tous les cas où les intérêts du créancier ne lui permettront pas d'attendre la réalisation d'une exécution forcée, donc tardive. Dans tous ces cas, le fait de pouvoir passer immédiatement de l'exécution à la résolution sera d'une grande importance pour le créancier. La coexistence des deux termes de l'alternative sera la meilleure garantie pour les intérêts du créancier. Il faut encore remarquer que le droit d'option de l'art. 1184 du Code Civil se concilie très bien avec la hiérarchie des deux termes de l'alternative. Le créancier attend et poursuit d'abord l'exécution du contrat. Il exerce l'action résolutoire justement parce que ladite exécution ne s'est pas produite à l'échéance établie. Certes, l'exécution en nature demeure encore possible. Mais dans ce cas il s'agit d'une exécution différée, effectuée après l'échéance. Cette exécution, au moins en ce qui concerne l'élément temps, diffère de celle qui a été stipulée au contrat. Or, la résolution est subsidiaire seulement en ce qui touche l'exécution du contrat, c'est-à-dire l'exécution dans la forme et à l'échéance convenue. Il serait exagéré de vouloir rendre absolu le caractère subsidiaire de la résolution et de décider que l'exercice de l'action résolutoire est exclu tant que l'exécution en nature reste possible. L'existence simultanée (et non successive) des termes de l'alternative (après l'inexécution) constitue la seule garantie efficace des intérêts du créancier, dans une société où la satisfaction rapide des besoins économiques devient indispensable.

155. Le droit allemand, à la différence du système français, fait du caractère subsidiaire de la résolution un caractère légal.

Chaque fois que le créancier obtient le droit d'opter pour

la résolution, l'exécution en nature est exclue (1). La résolution ne coexiste jamais avec l'exécution en nature. A ce principe, qui résulte des art. 325 et 326 al. 1^{er}, il n'y a que deux exceptions légales : le deuxième alinéa de l'art. 326, et l'art. 361. Les auteurs allemands ne semblent pas impressionnés par cette caractéristique de leur système. D'ailleurs c'est peut-être pour cela qu'ils n'en donnaient aucune explication. Pourtant il nous semble possible d'en trouver une.

La tradition du droit allemand ainsi que les données romaines incitaient les rédacteurs à attribuer à la force obligatoire du contrat une portée quasi-absolue. Le but du contrat réside dans son exécution. Et, tant que cette exécution est possible, on doit la poursuivre.

En matière de résolution les rédacteurs sont partis de la solution négative. Ils ont commencé par interdire en principe la résolution pour inexécution. Car, admettre la résolution dans des cas où l'inexécution n'était pas causée par l'impossibilité (c'est-à-dire dans des cas où l'exécution en nature était encore possible), c'eût été porter atteinte au principe de la force obligatoire du contrat. Logiques avec eux-mêmes, les rédacteurs ont admis la résolution dans l'hypothèse où l'exécution en nature n'était plus possible, du fait que le débiteur avait rendu impossible la prestation qu'il devait effectuer. Par là même le caractère subsidiaire de la résolution a été mis en lumière. Seulement, dans ce cas, la résolution est un pis-aller, une conséquence nécessaire du fait que l'exécution en nature est impossible. On pourrait nous objecter qu'il y a encore une étape à franchir pour consacrer le caractère subsidiaire de la résolution, dans des hypothèses où l'exécution en nature demeure encore possible. En effet, il n'y a qu'un pas. On avait commencé par dire : tant que l'exécution en nature est encore possible, la résolution n'est pas admise. Cette fois, on retournait le raisonnement pour admettre la récipro-

(1) NECHITCH, *th. cit.*, p. 51.

que. Dans les cas où la résolution est admise l'exécution en nature est exclue par la loi. De cette manière on arrivait à consacrer le caractère subsidiaire de la résolution devenue caractéristique et fondamentale pour le système allemand.

L'exécution en nature et la résolution n'existent jamais simultanément mais toujours successivement. Il résulte des art. 325 et 326 que tant que l'exécution en nature est possible la résolution est exclue, et inversement quand la résolution est possible l'exécution en nature est exclue.

Seulement, dans les deux cas, la situation n'est pas la même. Dans l'hypothèse de l'art. 325, le caractère subsidiaire de la résolution est inévitable. Tout au contraire, dans le cas de l'art. 326 ce caractère subsidiaire a été consacré légalement (quoiqu'il ne soit ni nécessaire ni utile) pour des raisons esthétiques de symétrie de principe. On ne voulait pas laisser coexister la résolution avec l'exécution parce qu'on avait commencé par admettre la résolution seulement quand l'exécution était impossible. Le système allemand est d'une logique serrée jusqu'à l'iniquité. Par cette consécration légale du caractère subsidiaire, on fait de la résolution plutôt une dérivée nécessaire qu'une alternative. Sur les deux systèmes nous ne prononcerons aucun jugement de valeur ; nous laisserons ce soin à la jurisprudence allemande (1).

(1) Voir *infra*, n^{os} 262 s.

CHAPITRE II

MOMENT A PARTIR DUQUEL LE CREANCIER POSSEDE LE DROIT D'OPTION

156. La question de savoir quel est le moment à partir duquel le créancier peut exercer son droit d'option n'a pas été réglée expressément par le BGB. Pour répondre à cette question il faut envisager séparément les hypothèses des art. 325 et 326 (celle de l'impossibilité et celle du retard).

Dans le cas de l'art. 325, le droit d'option appartient au créancier à partir du moment où la prestation (après échéance) a été rendue impossible par le débiteur. Si le créancier connaît ce moment, ou doit le connaître, alors le problème est simple. Mais il peut y avoir des cas où il ne peut pas savoir que le débiteur a rendu impossible la prestation qu'il devait effectuer ; donc des cas où il ignore qu'il peut faire valoir son droit d'option.

Est-ce que le débiteur qui a rendu impossible l'obligation qu'il devait effectuer est tenu de notifier cette chose au créancier ? Le problème qui se pose est celui de savoir s'il existe pour le débiteur une obligation de notifier (Anzeigepflicht).

Les nécessités pratiques ont conduit la doctrine à reconnaître l'existence de l'obligation de notifier. Le BGB. contient des articles où cette obligation de notifier est

mentionnée pour des cas spéciaux (1). Mais les rédacteurs n'ont pas inscrit dans le Code une obligation générale dans ce sens, à la charge du débiteur. Pourtant la doctrine est d'accord (2) pour reconnaître à la charge du débiteur l'obligation de notifier au co-contractant l'événement qui l'empêche d'exécuter son obligation, chaque fois que ce dernier aura intérêt à le connaître afin de prendre toutes mesures destinées à éviter ou à atténuer les effets dommageables causés par l'inexécution.

On attribue à cette obligation un caractère secondaire ; mais elle ne se cumule pas avec l'obligation principale. Elle est subsidiaire ayant pour objet de faire notifier justement l'impossibilité de l'obligation principale. La bonne foi contractuelle oblige les parties, non seulement à la stricte exécution des obligations stipulées, mais aussi à l'accomplissement de toutes les conditions sous-entendues, mais conformes à cette loyauté, qui facilitent la réalisation du but poursuivi au contrat.

Le débiteur libéré d'une obligation dont l'objet devient impossible par cas fortuit, est quand même obligé, d'après les principes généraux, de notifier au créancier l'impossibilité, toutes les fois où celui-ci aurait intérêt à la connaître. Cette obligation de notifier existe d'autant plus pour le débiteur lorsqu'il provoque l'impossibilité par un fait dont il est responsable. Mais en l'absence de stipulations contractuelles et de principe général inscrit dans la loi établissant une telle obligation, quelle peut être sa source ? L'on s'accorde généralement (3) pour la faire naître de

(1) Peter KLEIN, *Anzeigepflicht im Schuldrecht*, Berlin, 1908, p. 94 à 101.

(2) TITZE, *op. cit.*, p. 100 ; PLANCK, p. 72 ; SOERGEL, p. 520 ; STAUDINGER, p. 261, p. 281 ; OERTMANN, p. 150 ; BRECHT, *System der Vertragshaftung*, 242 et ss. ; ZITELMANN, *Nichterfüllung und Schlechterfüllung*, p. 274 ; KRÜCKMANN, *Nachlasse zur Unmöglichkeitstheorie*, Ib. Ib., Bd. 59, p. 318.

(3) ALBERTI, *Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung*, Arch. Ziv. Prax, Bd. 118, p. 173 ; Peter KLEIN, *op. cit.*, p. 73.

l'art. 242 du BGB. qui dispose que « le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires ». C'est une obligation générale de notifier basée sur la confiance que les parties contractantes se doivent réciproquement (1). Pour répondre à la question de savoir quand la notification doit intervenir, il faut interroger toujours l'art. 242 pour décider dans chaque cas spécial à quel moment elle doit intervenir. L'inaccomplissement de cette obligation subsidiaire entraîne la responsabilité du débiteur ; donc, l'obligation pour celui-ci de réparer les dommages qui peuvent en résulter (2).

157. La jurisprudence a reconnu depuis longtemps l'existence de cette obligation à la charge du débiteur. L'arrêt qui est à l'origine de cette jurisprudence a été rendu à propos d'une espèce dans laquelle une société de transport maritime s'était engagée par contrat à mettre à la disposition d'un client un bateau pour la date du 2 août 1900. Dans la matinée du 1^{er} août la société reçoit télégraphiquement la nouvelle d'une grave avarie que le bateau avait subie. La société ne communique pas cette nouvelle au client. Celui-ci fait en justice la preuve que, dans l'hypothèse où il aurait été averti en temps utile, il aurait pu assurer le transport en se procurant un autre bateau.

La Cour d'Appel de Hambourg (3) condamne la société à des dommages-intérêts. Elle estime qu'il était du devoir de la société de notifier à son client, non seulement à partir du moment où elle était certaine de ne pas pouvoir procurer le bateau, mais même quand surgissaient des difficultés mettant sérieusement en doute la possibilité d'exécution du contrat. « La conclusion du contrat fonde, pour chacune

(1) ALBERTI, *loc. cit.*

(2) KRÜCKMANN, *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess*, Arch. Ziv. Prax, Bd. 110, p. 285 ; ALBERTI, *op. cit.*, p. 241 ; KLEIN, *op. cit.*, p. 73 ; BRECHT, *op. cit.*, pp. 245 s.

(3) SEUFF A., Bd. 56, n° 219.

des parties contractantes, non seulement l'obligation de fournir les prestations promises, mais elle fonde aussi le devoir de remplir l'obligation comme l'exige la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires ; et de là résulte l'obligation générale d'épargner au co-contractant, autant qu'il est possible, le dommage éventuel qu'il peut subir du fait de l'inexécution de l'obligation. » La partie contractante, libérée de son obligation par un cas fortuit, est responsable si elle ne fait pas preuve à l'égard de son co-contractant de la bonne foi exigée par la loi. C'est le cas chaque fois qu'« une notification immédiate des circonstances mettant sérieusement en doute la possibilité d'exécution du contrat a été omise ».

Comme nous le voyons, l'obligation de notification, la date à partir de laquelle elle existe, ses modalités, ainsi que la responsabilité qu'elle entraîne en cas d'inexécution, sont des choses que le BGB. n'a pas prévues. Au lendemain de la mise en vigueur du Code, la jurisprudence a dû combler cette lacune en reconnaissant l'obligation de notifier, après avoir motivé en équité sa raison d'être. Depuis cet arrêt la jurisprudence est établie dans ce sens (1).

158. L'obligation de notifier à son co-contractant l'événement qui empêche l'exécution de l'obligation contractuelle, chaque fois que celui-ci aura intérêt à le connaître, afin de pouvoir prendre toutes les mesures destinées à éviter ou à atténuer les effets dommageables causés par l'inexécution, existe aussi en droit français.

Demogue (2) considère cette obligation comme une conséquence de l'idée de collaboration qui existe entre les parties contractantes. M. Cassin la fait dériver de l'obligation générale de bonne foi (3). Après une analyse détaillée des

(1) R. G. in Recht, 1918, n° 108 ; R. G. Z., Bd. 38, p. 134, etc...

(2) DEMOGUE, *Traité d'obligation*, 6, n° 29, 620.

(3) CASSIN, *Cours doctorat* 1934-35, p. 161.

divers cas où existe l'obligation de notifier, et où son inexécution engage la responsabilité du débiteur et l'oblige à réparer le dommage qui peut en résulter, M. Fiatte (1) arrive à la conclusion que : « en règle générale le débiteur doit donc prévenir son créancier des cas de force majeure qui le libèrent, et s'il s'en abstient il est responsable du préjudice causé par sa faute ».

La jurisprudence aussi a fait une large application de cette idée. Ainsi il a été décidé (2) qu'un mandataire est obligé de tenir le mandant au courant et de lui notifier les difficultés rencontrées au cours de l'exécution de son mandat dans la mesure où cela est nécessaire. De même il a été jugé (3) que, dans un louage d'ouvrage, l'entrepreneur doit avertir le propriétaire chaque fois qu'au cours de l'exécution des travaux supplémentaires apparaissent comme étant nécessaires. Il doit avertir immédiatement afin que le propriétaire puisse constater leur utilité et leur existence. S'il n'avertit que plus tard, l'entrepreneur n'a droit qu'au prix originellement fixé, car il est censé avoir renoncé aux suppléments.

Les tribunaux se reconnaissent un pouvoir d'appréciation. Ils considèrent cette obligation d'avertir comme résultant, soit du contrat lui-même y étant explicitement ou tacitement inscrite, soit de la bonne foi que les parties sont tenues d'observer dans l'exécution de leur contrat.

159. Il résulte que l'obligation de notifier peut exister même avant l'échéance. Chaque fois que le créancier a intérêt à connaître l'impossibilité avant l'échéance même, le débiteur est obligé de la notifier. Mais il convient de remarquer que dans cette hypothèse le créancier ne peut faire usage du droit d'option qu'à partir de l'échéance. Donc,

(1) FIATTE, *Les effets de la force majeure dans les contrats*, thèse, Paris, 1932, p. 19 et suivantes.

(2) Trib. Seine, 18 mars 1930, G. P. 1930, 1, 820.

(3) Alger, 24 juin 1878, D. P. 1879, 2, 190.

dans le cas de l'art. 325 du BGB. le droit d'option existe à partir de l'échéance ou à partir de l'impossibilité, toutes les fois qu'elle a été produite après l'échéance. Dans l'hypothèse de l'art. 326 le droit d'option existe à partir de l'expiration du délai. Nous ne reviendrons pas sur ce qui a été déjà dit (1). Dans le cas du deuxième alinéa de l'art. 326 le droit d'option existe à partir de la demeure.

(1) Cf. *supra*, n^{os} 109 s.

CHAPITRE III

DE LA NATURE JURIDIQUE ET DE LA DURÉE DU DROIT D'OPTION

160. Actuellement, la doctrine allemande considère que le droit d'option du créancier n'est pas un « Wahlschuldverhältnis » dans le sens de l'art. 262 du BGB., mais un rapport d'obligation « Konkurrerender Gläubigerrecht ». Ces termes nécessitent les explications qui vont suivre. L'art. 262 du BGB. décide que : « lorsque plusieurs prestations sont dues de telle manière que l'une ou l'autre seulement doit être effectuée, le droit d'option, dans le doute, appartient au débiteur ». L'art. 264 al. 2 du BGB. permet au débiteur d'un « Wahlschuldverhältnis » de fixer au créancier un délai convenable afin que celui-ci procède à l'option. « A l'expiration du délai, si le créancier n'a pas procédé au choix en temps utile, le droit d'option passe au débiteur. » La différence pratique entre les deux droits d'option, mentionnés plus haut, réside justement dans ce fait. Dans un « Wahlschuldverhältnis » le droit d'option passe au débiteur si le créancier n'exerce pas ce droit en temps utile. Dans la deuxième hypothèse celle du rapport d'obligation avec « Konkurrerender Gläubigerrecht », le débiteur ne peut pas fixer de délai au créancier pour que celui-ci exerce son droit d'option. Il en résulte que le droit d'option ne peut jamais passer au débiteur.

§ 1^{er}. — De la controverse doctrinale

161. Il s'agit de savoir si le droit d'option mis à la disposition du créancier par les art. 325 et 326 du BGB. rentre dans la première ou dans la deuxième des catégories indiquées. Certains auteurs ont soutenu que ce droit d'option peut passer au débiteur.

Ainsi Kisch (1) soutient que le débiteur a aussi le droit de fixer un délai au créancier pour l'exercice de l'option conformément à l'art. 264 al. 2 du BGB. L'expiration du délai fait passer le droit d'option au débiteur. Kisch remarque qu'avec l'impossibilité réelle ou fictive qui atteint une des prestations, et avec l'expiration du délai fixé pour l'exécution, une incertitude commence à planer sur l'existence du contrat. Car, à partir de ce moment le créancier a le droit d'opter entre les dommages-intérêts pour inexécution ou la résolution. Donc, le créancier possède un droit d'option portant sur des possibilités aboutissant à des résultats diamétralement opposés : l'extinction du contrat ou au contraire son exécution. Si le créancier tarde à faire son choix, l'incertitude se prolonge. Or précisément, pour y mettre un terme, il faut permettre au débiteur de faire usage du droit prévu à l'art. 264 al. 2. Kisch estime « que l'équité, spécialement en ce qui concerne les intérêts du débiteur et la sécurité du commerce, prêche en faveur de cette solution » (2). Il ne faut pas en effet laisser le créancier abuser du lien d'obligation en spéculant sur les risques du débiteur.

162. Mais la grande majorité de la doctrine ne partage pas cette opinion. La doctrine (3) estime que le droit

(1) KISCH, *Unmöglichkeit*, p. 153. s.

(2) KISCH, *Unmöglichkeit*, pp. 154 s.

(3) STAUDINGER, p. 190 ; KUHLENBECK, II, p. 28 ; LITTMANN, th. cit. p. 107 ; CROME, II, p. 184 ; PESKATORE, *die Wahlschuldverhältnisse*, p. 156 ; LITTEN, *die Wahlschuldverhältnisse in das Burg. Recht*, p. 117 ; etc...

d'option ne peut pas passer au débiteur grâce au deuxième alinéa de l'art. 264 parce que cet article n'est pas applicable à cette hypothèse.

L'opinion de Féodor Kleinedam (1) reflète très bien les arguments de la doctrine. Cet auteur estime qu'une « Wahlschuldverhältnis » exige justement que plusieurs prestations soient dues, de telle sorte que seule l'une ou l'autre soit à effectuer ». En d'autres termes, *una res in obligatione duae in solutione*. Or, dans notre hypothèse, l'incertitude de l'option ne porte pas sur l'objet de l'obligation. C'est l'existence du rapport synallagmatique entier qui dépend du choix du créancier et non son objet. Celui-ci, par son choix, peut aboutir à l'anéantissement du contrat. Donc, dans les hypothèses de l'art. 326 du BGB. et avant que le créancier ait exercé son option, l'incertitude porte sur l'existence même du contrat et pas seulement sur son objet. C'est pourquoi on ne peut pas assimiler les cas de l'art. 325 et 326 et celui de l'art. 262 du BGB., en appliquant au premier les solutions relatives au second. Dans l'hypothèse des art. 325 et 326 on ne peut donc accorder au débiteur le droit d'établir un délai pour l'option, après quoi ce droit d'option lui reviendrait.

163. Mais il y a un argument encore plus fort en faveur du rejet de l'opinion de Kisch. C'est le fait que, pour la résolution contractuelle, la question trouve sa solution dans l'art. 355 du BGB. Or, cette solution est applicable aussi à la résolution légale. Car, conformément à l'art. 327, « En ce qui touche le droit de résiliation établi aux art. 325-26, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions des articles 346 à 356 admises pour le droit de résiliation contractuelle ».

Une fois le droit à l'exécution en nature exclu, un doute commence à planer sur le sort du contrat. Son sort dépend

(1) KLEINEDAM, *Unmöglichkeit und Unvermögen*, p. 150.

justement de l'option que fera le créancier. Le contrat continuera d'exister si le créancier fait valoir les droits de l'art. 323 du BGB. ; il se transformera en une prétention unilatérale à la différence des valeurs entre les prestations s'il opte pour les dommages-intérêts pour inexécution ; ou enfin le contrat s'éteindra s'il opte pour la résolution. Donc, après la disparition de la possibilité d'exécution en nature, on ne sait pas si le contrat va continuer d'exister, s'il va s'éteindre ou s'il va se transformer. Cette incertitude peut se prolonger à l'infini. Car le droit d'option du créancier n'est pas limité dans le temps et, d'un autre côté, la résolution ne peut pas se prescrire, étant un « Gestaltungsrecht » (1), sorte de « droit constitutif ».

Si l'on suppose avoir affaire à un créancier incorrect, qui profite dans une intention déloyale du manque de limite légale à son droit d'option, en spéculant sur les risques du débiteur, on doit visiblement prendre des mesures de protection en faveur de ce dernier. Les principes généraux mettent à la disposition du débiteur un moyen indirect grâce auquel il pourra arriver à substituer une situation claire à celle qui résulte de l'incertitude, en obligeant le créancier à choisir. Pour cela, il n'a qu'à poursuivre le créancier en justice pour obtenir la contreprestation. Celui-ci, pour éviter la condamnation, sera obligé d'opter entre les possibilités que la loi met à sa disposition (2). Par là même, le but poursuivi par le débiteur sera atteint. Mais, en tout cas, il vaut mieux délimiter en temps le droit d'option du créancier, afin d'éviter que celui-ci n'en fasse un moyen de pression et de chicane.

Comprenant ce risque, le premier projet (3) établissait, à défaut de toute stipulation des parties, un délai préfix (Präklusivfrist) de quatre semaines pour l'exercice de la

(1) STAUDINGER, p. 631 ; OERTMANN, p. 352 ; Voir *infra*, n^o 184 s.

(2) CROME, II, p. 185.

(3) Motive, B.G. 11, p. 283.

résolution. La deuxième commission (1) a remplacé le délai préfix par un délai convenable que le débiteur peut fixer au créancier pour l'exercice de la résolution. Cet article du deuxième projet est devenu l'art. 355 du BGB. qui dispose « Si aucun délai n'a été convenu pour l'exercice du droit de résolution, un délai convenable peut être fixé par l'autre partie à l'ayant-droit pour l'exercice de son droit. Le droit de résolution est éteint si la résolution n'est pas déclarée avant l'expiration du délai ». La date à partir de laquelle le débiteur peut fixer le délai convenable est le moment où la résolution peut être déclarée (2).

Le fait que le délai convenable établi par le débiteur a expiré sans résultat, ne fait pas naître à son profit le droit d'option. C'est ce qui fait la différence entre la solution de l'art. 355 et celle de l'art. 264. Le délai convenable passé, l'art. 355 du BGB. laisse toujours le droit d'option au créancier et ne le fait jamais passer sur la tête du débiteur comme le veut l'art. 264 al. 2 du BGB.

Seulement, une fois le délai expiré, le créancier ne pourra plus choisir la résolution ; son droit d'option sera limité au choix entre les dommages-intérêts pour inexécution et les droits prévus à l'art. 323 2° al. du BGB. C'est la première limitation, d'ordre légal, apportée à la durée du droit d'option du créancier.

§ II. — Limitations apportées par la jurisprudence à la durée du droit d'option

164. En dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 355 du BGB. et en dehors de tout texte, la jurisprudence a établi une seconde limitation au droit d'option du créancier.

Certainement le créancier n'est pas obligé d'opter dès qu'il est en état de le faire. Mais si, d'après les circon-

(1) Protokolle, Bd. I, p. 796.

(2) R. G. in J. W., 1902, p. 10.

stances, il résulte que son abstention prolongée est dictée par la mauvaise foi, son droit d'opter en faveur de la résolution est exclu.

Dans une série des décisions, les tribunaux considèrent d'une manière constante que le retard prolongé apporté par le créancier à l'exercice de son option, équivaut à une renonciation (1). Ainsi le Reichsgericht (2) déclare : « qu'on ne doit établir une déchéance du droit de résolution qu'au cas où il faut voir dans l'ajournement de la déclaration de la résolution... une abstention déloyale et de mauvaise foi. »

La Cour Suprême (3) a également affirmé que « le créancier est en droit de faire la déclaration de l'art. 326 al. 1^{er} à n'importe quel moment ; mais il ne doit pas attendre assez longtemps pour que son retard doive être considéré comme une violation de l'obligation de bonne foi, ou comme une réticence déloyale ». D'ailleurs, l'ancienne jurisprudence du Droit commercial (4) était établie dans le même sens. L'exercice d'une option rapide a été rendu encore plus nécessaire par la situation d'instabilité monétaire qui a fait suite à la guerre de 1914-1918. Dans l'arrêt du 5 juillet 1923, la Cour Suprême (5) constate l'absence de tout délai légal pour l'exercice de la résolution. Pourtant, cette absence ne doit pas permettre au créancier d'ajourner indéfiniment son option. Car, « la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires (6) exigent à elles seules qu'on fasse usage de ce droit dans un délai convenable. L'ayant-droit (le créancier) ne doit pas laisser trop longtemps son adversaire dans l'incertitude relativement au maintien du contrat et, par

(1) C'est aussi l'opinion de WALSMANN, *op. cit.*, p. 207.

(2) R. G. in Warn Rsp., 1912, n° 379.

(3) R. G. Z., Bd. 60, p. 346.

(4) R. G. Z., Bd. 36, p. 87 ; Bd. 41, p. 64.

(5) R. G. in Warn Rsp., 1912, n° 379 ; R. G. Z. Bd. 107, p. 106.

(6) La formule coïncide avec les termes de l'art. 242.

là, l'empêcher de se couvrir ailleurs ». « Ceci s'applique particulièrement aux périodes d'incertitude et de hausse des prix notoire que l'après-guerre a entraînées. Si l'ayant-droit attend pendant des années pour recourir à la déclaration de résolution, on considérera son attitude comme équivalant à une renonciation au droit de résolution ». La jurisprudence (1) est ferme en ce sens et juge que le créancier qui tarde trop à exercer son droit d'option est censé y avoir renoncé.

165. Il résulte péremptoirement de cette suite d'arrêts, qu'à côté de la limitation-légale prévue par l'art. 355, la jurisprudence en a ajouté une seconde. Elle considère que l'abstention prolongée du créancier équivaut à une renonciation.

Il ne faut pas croire que cette jurisprudence a été dictée par la nécessité d'aboutir au plus vite à des situations claires dans la période d'instabilité monétaire engendrée par la guerre. Comme le montrent les dates des arrêts, cette jurisprudence existait bien avant. Mais elle a été particulièrement utile au moment de la dévaluation.

Cette jurisprudence mérite d'être qualifiée de prétorienne ; elle ne se base en effet sur aucun texte. Il serait peut-être plus exact de dire même qu'elle est contraire à un texte, à savoir l'art 355 du BGB.

La loi permet au débiteur de limiter le temps pendant lequel le créancier peut exercer la résolution, en lui fixant un délai convenable à cette fin. Le délai une fois passé, le droit qu'avait le créancier de déclarer la résolution est éteint. Mais pour atteindre le but poursuivi par l'art. 355, il faut se soumettre aux formalités requises. Car du moment qu'on arrive au même résultat sans satisfaire à ces forma-

(1) R. G. Z., Bd. 32, p. 64 ; Bd. 36, p. 87 ; Bd. 41, p. 46 ; Bd. 88, p. 143 ; Bd. 91, p. 108 ; Bd. 90, p. 423 ; Bd. 107, p. 345 ; R. G. in L. Z., Bd. 1913, Sp. 381 ; 1924, Sp. 231 ; R. G. in J. W., 1908, p. 550 ; 1924, p. 813 ; R. G. in Recht, 1917, n° 792 ; Warn Rsp., 1917, p. 19.

lités, on contredit le texte de la loi. Quand la jurisprudence permet au débiteur de se prévaloir de l'extinction du droit du créancier concernant la déclaration de la résolution parce qu'il s'est abstenu d'opter pendant un certain temps, sans lui fixer un délai convenable à cette fin, elle est en contradiction flagrante avec le texte de l'art. 355 du BGB. Vu cette jurisprudence, on peut vraiment se demander quel peut être encore le sens de l'art. 355.

Evidemment, comme il résulte des Motive et Protokolle (1) on a voulu protéger le débiteur contre l'arbitraire et la mauvaise foi du créancier. Mais le débiteur acquiert cette protection grâce au délai et en usant de l'art. 355. Mais si le débiteur n'y a pas recours, on peut se demander s'il est encore digne de protection, car en face de la mauvaise foi du créancier se dresse sa propre négligence. Le créancier n'aurait pas pu ajourner l'exercice de son option pendant des années si le débiteur avait eu la prudence de recourir à l'art. 355 et de lui établir un délai convenable pour l'exercice de l'option. Le créancier spéculer sur les risques du débiteur, précisément parce que celui-ci le permet. Il est évident que ce fait n'excuse pas l'attitude du créancier, mais il la provoque. Or, si les deux parties sont en faute, on ne voit pas pourquoi l'une est plus digne de protection que l'autre.

La Cour Suprême se montre embarrassée dans l'exposé de ses motifs. D'un côté, elle veut arriver à priver le créancier de son droit de déclarer la résolution, en interprétant sa volonté. Car, dit-elle, par son long silence, le créancier a montré qu'il renonce à déclarer la résolution.

Cette interprétation est fautive ; le créancier s'est abstenu de déclarer la résolution, justement pour pouvoir spéculer sur les risques du débiteur et justement pour faire usage de son droit d'option à un moment où ce serait plus avantageux pour lui. D'ailleurs, la volonté présumée d'avoir

(1) Voir *supra*, n° 163.

renoncé à la résolution, doit s'effacer devant la volonté expresse de déclarer maintenant la résolution. Entre deux manifestations de volonté, l'une supposée et l'autre expresse, on doit choisir la dernière non seulement parce qu'elle est plus récente, mais aussi parce qu'elle est expresse.

A côté de cet argument qui n'a pas grande valeur, la jurisprudence en fait valoir un autre qui pourra nous faire saisir qu'il s'agit d'une véritable peine civile infligée au créancier. Le créancier a été de mauvaise foi, il a voulu abuser de ses droits en détournant la résolution de son véritable but, en l'utilisant pour arriver à des fins déloyales. Comme sanction, la jurisprudence considère le créancier déchu de son droit de déclarer la résolution.

Ce que retiennent les tribunaux allemands, c'est l'intention déloyale du créancier ; le fait que celui-ci a retardé son choix afin de spéculer sur le sort du débiteur. Comme nous l'avons déjà vu, c'est le point principal qui retient l'attention des tribunaux. L'admission ou le refus de la résolution est en liaison étroite et directe avec la présence ou non de cette intention déloyale de la part du créancier.

Seulement comme les tribunaux n'ont pas la possibilité d'exercer ce contrôle d'une manière directe, ils sont obligés de le faire d'une façon détournée. Ils ne peuvent pas se livrer à cet examen d'une manière directe puisque la résolution n'est pas judiciaire en droit allemand (1). Les tribunaux ne peuvent pas intervenir pour apprécier la bonne foi de chaque partie et priver éventuellement du bénéfice de la résolution la partie de mauvaise foi. En droit allemand, la résolution est « automatique » ; elle est déclarée par le créancier une fois les conditions préalables remplies. Par suite, le risque de voir le créancier transformer la résolution en un procédé de gain illicite est plutôt un effet caractéristique du droit allemand. Cette possibilité de détourner abusivement la résolution de ses fins est une

(1) Voir *infra*, n^{os} 180 s.

conséquence directe du système qui écarte l'intervention des tribunaux pour examiner chaque cas particulier et pour accorder ou refuser la résolution.

Certainement, le BGB., pour prévenir ce danger, a pris ses précautions ; d'abord en accordant d'une manière parcimonieuse le droit de faire usage de la résolution, ensuite en mettant des conditions nombreuses et strictes à son exercice. Mais une fois ces conditions préalables satisfaites, il n'y a plus aucune autorité supérieure impartiale qui puisse contrôler et empêcher que le créancier ne fasse un usage incorrect de la résolution. Comme nous l'avons déjà vu, cet abus reste encore possible malgré les mesures préventives prises. Depuis le moment de son admission et jusqu'à la déclaration, la résolution peut encore être détournée par un créancier incorrect de son véritable but d'institution d'équité. Les conditions étant remplies et la résolution déclarée, le droit allemand devrait, en logique stricte, se contenter du fait accompli. Mais la jurisprudence n'est pas de cet avis.

Empêchée par la loi d'exercer un contrôle préventif, elle n'a pas hésité à exercer un contrôle répressif. Comme elle ne pouvait pas porter atteinte à une résolution qui avait satisfait à toutes les conditions légales, la jurisprudence usa d'un détour. Elle n'a pas osé annuler ouvertement une telle résolution. Mais elle a jugé que la résolution ne pouvait avoir lieu parce que le créancier y avait renoncé par son long retard.

Nous avons examiné la question dans ses détails et nous sommes arrivés à la conviction opposée : ce n'est pas le créancier qui a renoncé, il n'a même pas eu cette intention. Tout au contraire, c'est la jurisprudence qui censure dans ce cas la résolution. Les tribunaux ne pouvaient pas annuler une résolution qui, du point de vue formel, était parfaitement fondée ; ils ont préféré dire que le créancier avait renoncé du fait de son silence. Or, nous avons vu qu'il ne

s'agit pas d'une renonciation mais d'une vraie peine civile infligée par les tribunaux au créancier déloyal.

Si nous avons fait valoir à l'encontre de cette jurisprudence une série d'arguments tirés du droit positif, c'était, non pas tant pour la critiquer que pour montrer la contradiction entre la loi et la jurisprudence. Car, à tout prendre, il est préférable de se ranger aux côtés de la jurisprudence pour critiquer le BGB., que d'adopter l'attitude inverse. Nous considérons cette jurisprudence comme une infirmation du BGB. et comme une revanche de la pratique. Sous l'impulsion pressante des nécessités, les tribunaux ont dû céder et chercher ailleurs une solution plus adaptée aux circonstances et plus conforme à l'équité, car ils ne l'ont pas trouvée dans le BGB.

CHAPITRE IV

**DE LA FAÇON
DONT S'EXERCE LE DROIT D'OPTION**

166. Le créancier exerce son droit d'option par le moyen d'une déclaration faite au débiteur. Le moment à partir duquel il peut faire cette déclaration est le moment précis où naît son droit d'option.

Dans l'hypothèse de l'art. 326, le créancier n'est pas obligé (1) de faire cette déclaration d'option en même temps qu'il fixe le délai pour l'exécution et qu'il déclare refuser toute exécution postérieure à l'expiration du délai. Mais rien ne s'oppose à ce que le créancier le fasse. La doctrine et la jurisprudence (2) admettent que la fixation d'un délai soit accompagné d'une déclaration relative à l'option en cas d'expiration dudit délai.

La fixation du délai, la déclaration par laquelle le créancier avertit le débiteur qu'il refusera toute prestation effectuée après l'expiration du délai, la déclaration d'option ainsi que la déclaration de résolution, sont « des déclarations de volonté unilatérale nécessitant réception » (Einseitige Empfangsbedürftige Willenserklärungen). Ces

(1) R. G. Z., Bd. 61, p. 131 ; Bd. 107, p. 345.

(2) R. G. in J. W., 1904, p. 536 ; R. G. Z., Bd. 65, p. 131.

déclarations font partie d'une division spéciale des droits : les droits constitutifs (1).

Cette déclaration est une déclaration spéciale qui n'exige pas de la part du débiteur l'acceptation (2) ou la notification de la réception. Elle produit ses effets indépendamment de la volonté du débiteur ; elle les produit même contre la volonté du débiteur qui garde un rôle purement passif. Le débiteur ne peut pas la provoquer en l'exigeant (3) ni l'écarter en la refusant. La loi n'exige aucune forme spéciale pour cette déclaration. Sa forme doit être celle qui convient le mieux à son but. Et son but est de faire connaître au débiteur la volonté du créancier. Une fois faite la déclaration lie le créancier et le débiteur. Le créancier ne pourra pas la suspendre ou la rétracter unilatéralement (4). Enfin, il faut dire que les articles (5) relatifs aux actes juridiques et à la déclaration de volonté s'appliquent à notre cas.

167. Une question importante est celle de savoir si le créancier peut revenir sur l'option déjà exercée et choisir une solution différente. En droit romain le retour sur l'option déjà faite n'était pas possible. « Il était de règle en droit romain que lorsqu'une personne avait choisi entre deux voies, son choix consommait son droit ; ayant suivi l'une, elle ne pouvait plus revenir à l'autre : *electa una via, regressus ab altera* » (6). Si on commençait par faire usage de la *lex commissoria*, le retour sur l'option faite était d'autant plus impossible qu'elle avait déjà opéré l'extinction du contrat. Par l'emploi de la *lex commissoria* le

(1) Voir *infra*, n^{os} 182 s.

(2) R. G. Z., Bd. 53, p. 167.

(3) OERTMANN, p. 291 ; GOLDMANN-LILIENTHAL, I, p. 382 ; ROMEICK, *op. cit.*, p. 108 ; WARNEYER, p. 638.

(4) Doctrine et jurisprudence en ce sens ; voir WARNEYER, p. 638 et les auteurs qui y sont cités.

(5) Art. 111, 114, 119, 120, 121, 123, 124, 130 BGB.

(6) Edgard Trougnoux, *th. cit.*, p. xxv.

contrat était résolu de plein droit et « *nec posse si commissariam elegit, post ea variare* » (1).

Il semble que l'ancien droit français considérait aussi l'option comme irrévocable. Le choix fait consommait le droit d'option (2). En droit français on est d'accord pour décider que le créancier qui commence par poursuivre l'exécution ne renonce pas par là au droit de demander la résolution au cas où le débiteur n'exécuterait pas. La majorité de la doctrine (3) et la jurisprudence (4) sont en ce sens.

L'exécution du contrat constitue la règle ; la résolution l'exception. Du caractère subsidiaire de la résolution il résulte que le fait de poursuivre le principal, c'est-à-dire l'exécution, ne peut pas être considéré comme une renonciation touchant le subsidiaire, c'est-à-dire la résolution.

Mais dès lors il semble que si l'on choisit l'exécution, on doit la poursuivre tant qu'elle est possible. De ce point de vue l'option semble irrévocable. Si le créancier a choisi la résolution il semble plus difficile de lui permettre de revenir et de poursuivre l'exécution. Mais comme l'exécution du contrat constitue la règle, il semble pourtant qu'on doive lui permettre d'y revenir chaque fois que les circonstances rendent la chose possible (5). Le droit français ne s'est pas occupé spécialement du droit d'option du créancier.

En thèse générale, il semble qu'on doit admettre tout retour sur l'option déjà faite avant la prononciation de la résolution. Car en droit français les tribunaux donneront finalement la solution la plus adaptée à l'espèce. L'option faite par le créancier ne devient définitive que lorsque les tribunaux l'ont consacrée.

(1) *Pap. Dig.*, liv. 8, tit. 3 fr. 4, 2.

(2) POTHIER, *Vente*, n° 461 ; DIMITRESCO, *th. cit.*, p. 132.

(3) TROPLONG, *Vente*, II, n° 656 ; COLMET DE SANTERRE, V, n° 104 bis ; DEMOLOMBE, t. 25, p. 530 ; LAURENT, t. 17, p. 139 ; HUC, t. 7, p. 270 ; DIMITRESCO, *th. cit.*, p. 133.

(4) Cass., 11 déc. 1885, D. 56.1.256, etc...

(5) DIMITRESCO, *th. cit.*, p. 134.

168. Le BGB. ne contient pas la solution de ce problème. Pour la connaître, il faut interroger la pratique judiciaire. La jurisprudence a tranché ce problème en faisant une distinction. Lorsque le choix du créancier a porté en premier sur les dommages-intérêts pour inexécution, la jurisprudence lui permet de revenir sur ce choix et d'opter ensuite pour la résolution. Mais elle n'a pas admis la réciproque. En effet si le créancier a déclaré la résolution il ne peut pas y renoncer ensuite et exiger des dommages-intérêts pour inexécution.

Au début, les tribunaux consacraient ces solutions par tradition jurisprudentielle. Ils étaient d'avis que les solutions consacrées par la jurisprudence pour les art. 354-56 du HGB. sont valables aussi pour l'art. 326 du BGB. C'est ainsi qu'un arrêt de 1904 de la Cour Suprême (1) justifie sa décision. On permet au créancier de notifier son choix au moment même où il fixe le délai ; « mais cette option est définitive et on ne peut plus revenir sur elle ». Il semble pourtant que la solution se justifie moins par le caractère définitif de l'option que par le fait que le créancier avait commencé par déclarer la résolution. Depuis lors la jurisprudence a pris une position plus ferme et plus sincère. Actuellement, elle n'hésite pas à affirmer nettement sa distinction qu'elle justifie par des motifs nouveaux. A côté de l'argument traditionnel elle en fait valoir de nouveaux qu'elle a tirés de la nature de l'acte de l'option, ainsi que de ses effets.

Dans une espèce (2) dans laquelle l'ayant-droit avait commencé par opter pour des dommages-intérêts, pour revenir ensuite sur son choix et déclarer la résolution, la Cour Suprême s'exprime ainsi : « Ce n'est pas en vertu de la loi que le droit de résilier le contrat, par déclaration de volonté de l'ayant-droit, est exclu du fait qu'il a exigé d'abord des dommages-intérêts pour inexécution ».

(1) R. G. in J. W., 1904, p. 736.

(2) R. G. Z., Bâ. 85, p. 280.

La Cour Suprême analyse au préalable la situation inverse : « Certainement l'ayant-droit ne peut plus exiger des dommages-intérêts s'il a fait à l'autre partie une déclaration de résilier le contrat. Car, conformément aux art. 327 et 349 la déclaration de résolution est une déclaration de volonté nécessitant réception qui ne peut, en vertu de l'art. 130, être révoquée unilatéralement, étant donné les effets juridiques que les art. 327 et 349 accordent à cette déclaration. Le contrat est définitivement dissous et le lien bilatéral disparaît ; donc il n'y a plus place pour une créance de dommages-intérêts qui naîtrait du contrat. Mais la déclaration par laquelle on exige des dommages-intérêts pour inexécution n'est pas une déclaration de volonté entraînant comme conséquence un changement dans la situation juridique. » C'est pourquoi elle seule ne peut pas avoir l'effet d'éteindre le droit à la résolution. Quand l'ayant-droit opte pour les dommages-intérêts pour inexécution, cela ne veut pas dire qu'il renonce à la résolution (1). Dans ce sens il a été jugé (2) que le créancier ayant opté pour la résolution se trouve lié par sa déclaration et ne peut plus y revenir pour exiger des dommages-intérêts pour inexécution. Enfin, dans un autre arrêt (3) la Cour Suprême développe les mêmes arguments, à savoir que la résolution entraîne l'extinction du contrat, et que, dans le choix initial des dommages-intérêts pour inexécution, on ne doit pas voir une renonciation touchant la résolution ; puis elle aborde une question nouvelle. La faculté du créancier de résilier le contrat n'est pas exclue du fait qu'il avait commencé par exiger des dommages-intérêts. Mais si ce revirement est dicté par une intention déloyale, il n'aura pas le droit de revenir sur son option. Car l'institution de la résolution est dominée par l'art. 242 du BGB.

(1) Dans le même sens, Warn. Rsp. 19, n° 95 ; R. G. in J. W., 1914, p. 1038, etc...

(2) R. G. in D. J. Z., 1915 p. 206.

(3) R. G. Z., Bd. 109, p. 187.

et le créancier « ne doit pas faire usage de moyens juridiques qui lui sont accordés, dans un sens inconciliable avec la bonne foi contractuelle ». On peut rapprocher cette solution de celle que consacre le droit français dans la même hypothèse. En principe, le retour sur l'option déjà faite est possible. Mais il semble que la jurisprudence refuse de le consacrer chaque fois que le créancier revient sur son option dans l'intention déloyale de s'assurer un profit par spéculation.

Pratiquement, le droit allemand permet donc au créancier qui a choisi d'abord des dommages-intérêts de revenir sur son option et de déclarer la résolution, chaque fois que ce retour sur l'option faite n'est pas dicté par une intention déloyale. Au contraire, si le créancier avait commencé par choisir et déclarer la résolution, il ne pourra plus revenir sur son option et exiger des dommages-intérêts. Et cela même si on ne peut rien objecter à ce retour du point de vue de la bonne foi.

169. On pourrait adresser certaines critiques aux motifs de la distinction faite par la jurisprudence. L'argument tiré de la nature de l'acte de déclaration est une invention *pro causa* qui n'a pas grande valeur. L'option en faveur de n'importe quelle possibilité se fait par un acte de déclaration de volonté. Comme tel, toutes ont le même caractère. Et de ce caractère il résulte (1) que le créancier se trouve lié par la déclaration faite. Il ne peut pas la révoquer unilatéralement. Le contenu de cette déclaration (si elle contient l'option en faveur de la résolution ou de dommages-intérêts) est sans importance. Cet argument tiré de la nature de l'acte, loin d'être favorable à la solution de la jurisprudence, parle donc contre elle. D'ailleurs, c'est peut-être pour cela que les arrêts (2) plus récents ne l'invo-

(1) Art. 130 BGB.

(2) R. G. Z., Bd. 109, p. 187,

Le deuxième argument qui a trouvé un certain écho dans la doctrine (1) n'a pas grande valeur non plus. Selon lui, dans l'option de dommages-intérêts pour inexécution, « on ne saurait trouver une renonciation concluante au droit de résolution ». Ceci est en dehors de la question. Car la question qu'on se pose est celle de savoir si le créancier a épuisé ou non son droit d'option par le fait d'avoir opté pour des dommages-intérêts pour inexécution. Le droit d'option n'est pas réglementé par la loi. On ne voit donc pas bien pourquoi dans un cas le créancier peut revenir sur son premier choix et en faire un second, tandis que dans la seconde hypothèse le droit d'option s'épuise par l'exercice d'un seul choix. Il semble qu'en principe le droit doive s'épuiser par la première option faite.

Enfin le troisième argument, selon lequel la résolution opère l'extinction du contrat, tandis que les dommages-intérêts pour inexécution le laissent subsister, est plus sérieux. Il est certain qu'une fois le contrat éteint par la résolution, on ne peut plus exiger de dommages-intérêts si ceux-ci doivent avoir leur source nécessairement dans le contrat. Car on ne peut pas se prévaloir de l'inexécution du contrat pour exiger des dommages-intérêts du moment qu'on l'avait éteint au préalable par la résolution. L'argument est fort. Il explique clairement pourquoi on ne peut plus revenir sur une option faite quand elle porte sur la résolution. Mais l'argument est insuffisant pour expliquer la réciproque, c'est-à-dire pourquoi on admet le retour sur l'option faite quand elle consiste dans des dommages-intérêts.

Il semble qu'un droit d'option doive nécessairement être épuisé par le premier choix. Or, on va à l'encontre de cette idée du moment qu'on permet au créancier de revenir sur l'option déjà faite pour en exercer une seconde. Donc, dans une hypothèse, le droit d'option se consomme par le premier choix, tandis que dans la deuxième il n'en va pas de

(1) PLANCK, p. 382,

même. Si on nous répond par l'argument de l'extinction du contrat opérée par la résolution, cette réponse est à côté de la question. D'autre part, cet argument de l'extinction lui-même ne semble pas être décisif. Car, comme nous le verrons (1), les décisions de la jurisprudence ont réduit à néant la portée de cette différence. Par l'adoption de la « Differenztheorie » dans le cas où le créancier a choisi des dommages-intérêts pour inexécution, le contrat initial se trouve transformé en une prétention unilatérale portant sur la différence de valeur entre les prestations. Dès lors, il semble que le premier effet, tant de la résolution que des dommages-intérêts, soit d'éteindre le contrat. On pourrait conclure que les deux termes de l'option mènent à l'extinction du contrat. Du moment qu'il n'y a plus de différence, on voit tomber l'argument se basant justement sur la différence d'effets qu'entraînent d'un côté la résolution et de l'autre les dommages-intérêts.

(1) Voir *infra*, n^{os} 233 s.

CHAPITRE V

DU NON-CUMUL DES DOMMAGES-INTÉRÊTS AVEC LA RÉSOLUTION

170. Le problème que nous nous proposons d'étudier dans le présent chapitre est celui de savoir si le créancier peut cumuler l'exercice de la résolution avec la demande de dommages-intérêts.

La résolution ne peut pas toujours constituer une réparation suffisante du préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution. En particulier dans les contrats à exécution successive, la résolution peut contribuer à éviter l'extension du dommage pour l'avenir mais elle ne pourra pas écarter le dommage déjà provoqué par l'inexécution. D'une manière plus générale on peut bien concevoir des hypothèses dans lesquelles le dommage causé par l'inexécution ne pourra pas être réparé par le seul exercice de la résolution.

Supposons qu'entre la conclusion du contrat et son inexécution se soit produit sur le marché une hausse de prix de la marchandise du contrat. Pour se procurer la même marchandise l'acheteur sera obligé de payer un prix supérieur à celui stipulé au contrat. En outre de la résolution, il faudra lui allouer des dommages-intérêts pour compenser le préjudice causé par l'inexécution. Donc, des dommages-intérêts compensatoires sont dûs nécessairement chaque fois que la résolution ne pourra ni prévenir le dommage, ni le

réparer. L'inexécution seule peut justifier l'usage de la résolution. Des dommages-intérêts ne doivent être accordés que si l'inexécution a causé un dommage.

Donc, le même fait, l'inexécution, est en même temps source de résolution et aussi de dommages-intérêts. Mais tandis que l'inexécution est cause primaire et immédiate de la résolution, pour les dommages-intérêts elle ne constitue la cause que dans la mesure où elle a fait naître un dommage. Il faut qu'entre l'inexécution et les dommages-intérêts il y ait un dommage servant de trait d'union. Celui-ci est en même temps effet de l'une et cause des autres. Il en résulte nettement que la résolution et les dommages-intérêts ont des causes et des buts différents.

La résolution a toujours pour cause l'inexécution fautive. La résolution joue un rôle préventif ou un rôle de sûreté. Les dommages-intérêts ont un but de réparation. L'allocation de dommages-intérêts est, en effet, absolument indépendante de la résolution et obéit à ses règles propres » (1). En principe le choix de l'une de ces voies ne devrait pas exclure l'autre, car étant indépendantes, elles n'aboutissent pas aux mêmes effets. Bien plus il est certain que le cumul de la résolution avec les dommages-intérêts est la seule solution logique et équitable quand de l'inexécution fautive résulte un dommage pour le créancier. L'existence chez le débiteur d'une inexécution fautive causant un préjudice au créancier, doit toujours justifier le cumul de la résolution et des dommages-intérêts. C'est la solution que consacre d'une manière générale l'art. 1184 du Code Civ. fr. en plein accord avec l'art. 1146 (2) du même Code et suivants.

§ 1^{er}. — Solution du droit allemand

171. Le BGB. dans les conditions prévues aux art. 325, 283, 326 accorde au créancier le droit d'opter entre la réso-

(1) LEPELTIER, th. cit., p. 294.

(2) LEPELTIER, th. cit., p. 292.

lution et les dommages-intérêts (1). En effet chacun de ces articles permet au créancier « d'exiger réparation du dommage pour inexécution ou de résilier le contrat... ».

Les termes du BGB. sont clairs. La formule alternative qu'il emploie exclut toute possibilité de cumul entre les deux éventualités. Le choix de l'une exclut nécessairement et implicitement l'autre. Le créancier qui déclare la résolution ne peut pas exiger en outre des dommages-intérêts. L'impossibilité de cumuler la résolution avec les dommages-intérêts constitue une des différences fondamentales entre les systèmes allemand et français.

La doctrine (2) allemande se prononce contre le cumul interprétant ainsi les textes littéralement. Mais les auteurs se bornent plutôt à constater qu'à expliquer cette solution. L'argument utilisé par les quelques auteurs (3) qui se donnent la peine d'expliquer cette solution est la reproduction de celui qu'avaient fait valoir les rédacteurs pour expliquer leur décision. Les rédacteurs estiment que « la résolution et les droits naissant du contrat s'excluent ; car la résolution doit mettre les associés dans la même situation que si le contrat n'avait pas été conclu ; elle ne se concilie pas avec la prétention aux intérêts résultant de l'exécution » (Erfüllungsinteresse). Et pour terminer les motifs (4) ajoutent assez naïvement que les intérêts du créancier sont suffisamment protégés par le droit d'option.

L'argument a été repris par la doctrine, qui sans ajouter rien de neuf, se contente de préciser la pensée des rédacteurs. Littmann (5) estime que « la déclaration de résolution exprime la volonté de revenir au *statu quo ante* ; aussi elle

(1) Voir *supra*, n° 152.

(2) OERTMANN, p. 285 ; TITZE, *op. cit.*, pp. 192-194 ; KIPP, p. 338 ; KOCH, p. 125-29 ; SCHOLLER, p. 526 ; CROME ; DERNBURG, II A., 90 ; ENECCERUS-LEHMANN, I, p. 419 ; COSACK, I, p. 355.

(3) LITTMANN, *op. cit.*, p. 23 ; ENECCERUS-LEHMANN, I, p. 419, etc...

(4) *Motifs*, II, p. 211.

(5) LITTMANN, *th. cit.*, p. 23.

contient nécessairement la renonciation aux dommages-intérêts pour inexécution, car la prétention aux dommages-intérêts ne peut se fonder que sur la base d'un contrat existant ». Donc, la doctrine allemande estime que les dommages-intérêts pour inexécution supposent un contrat. Or, du moment que le contrat est éteint par la résolution on ne peut plus faire valoir des dommages-intérêts pour inexécution. Une fois de plus le système allemand s'avère d'une logique serrée jusqu'à l'iniquité.

Devant un texte clair qui avait été interprété de la même façon par la quasi unanimité de la doctrine, la jurisprudence a fait rapidement et facilement son choix. D'emblée et d'une manière ferme elle s'est rangée à cette opinion qui interdit le cumul. Ainsi il a été jugé (1) que le choix de la résolution du contrat éteint la prétention aux dommages-intérêts pour inexécution de même que l'exercice des droits résultant de l'art. 323. En ce sens la Cour d'Appel de Posen (2) estime qu'on ne peut pas exiger la résolution à côté de dommages-intérêts pour inexécution. Dans une autre espèce (3), où le problème du cumul se complique avec celui de l'option préalablement faite, la jurisprudence affirme que la résolution déclarée par le demandeur, commence à exister au moment où elle a été déclarée et par conséquent elle met obstacle à toute prétention aux dommages-intérêts.

Enfin les tribunaux (4) ont affirmé clairement « qu'on ne peut pas exiger de dommages-intérêts à côté de la résolution du contrat. Les art. 325 et 326 garantissent ou la résolution ou les dommages-intérêts. Il est généralement reconnu dans la doctrine que pour l'art. 325 le choix de la résolution éteint le droit aux dommages-intérêts. Il en est de même pour l'art. 326 comme la Cour Suprême l'a affirmé déjà

(1) Recht, 1906, n° 610.

(2) Pos. M. Sch., 1905 p. 147 ; Recht, 1906, n° 611.

(3) Seuff A., Bd. 62, n° 33.

(4) Seuff A., Bd. 65, n° 159.

plusieurs fois » (1). D'où il résulte clairement qu'on doit retenir comme définitivement acquis pour le système allemand le principe que la résolution ne peut pas se cumuler avec les dommages-intérêts. Ces deux modalités s'excluent réciproquement. Le choix de l'une contient la renonciation nécessaire à l'autre.

§ 2. — **Explication de la solution fournie par le droit allemand**

172. Une des raisons qui peut expliquer dans une certaine mesure ce principe bien qu'elle ne soit pas indiquée par la doctrine allemande, c'est le caractère non judiciaire de la résolution en droit allemand. L'allocation des dommages-intérêts suppose nécessairement l'existence d'une autorité impartiale et supérieure aux parties qui puisse constater l'inexécution fautive de la part du débiteur et le quantum du préjudice subi par le créancier pour pouvoir ensuite ordonner l'allocation de dommages-intérêts jusqu'à concurrence du dommage.

On conçoit très bien que dans un système où la résolution est prononcée par les tribunaux, ceux-ci saisissent cette occasion pour constater le préjudice et pour allouer en même temps des dommages-intérêts. Dans le système allemand la résolution est prononcée par la partie intéressée elle-même. Le créancier déclare la résolution une fois les conditions préalables remplies. Permettre au créancier de déclarer lui-même la résolution et l'obliger à recourir en même temps à la justice pour obtenir l'allocation des dommages-intérêts serait un non-sens ; ce serait faire disparaître les avantages d'un système où la résolution n'a pas un caractère judiciaire.

(1) Dans le même sens, R. G. Z., Bd. 61, p. 130 ; Bd. 50, p. 222 ; Bd. 66, p. 432 ; R. G. in J. W., 1904, p. 536 ; 1910, p. 229 ; 1911, p. 751, etc...

173. Mais en l'absence d'un texte l'autorisant expressément, le cumul devrait être admis par application des principes généraux régissant la responsabilité contractuelle. Tout dommage résultant d'une inexécution dont le débiteur est responsable l'oblige à réparation. Le créancier a droit à la réparation du préjudice que l'inexécution lui a causé, que le contrat ait été résolu ou non.

Comme nous croyons l'avoir prouvé, ces institutions sont indépendantes et obéissent à des règles propres. Cela est visible surtout en droit français. La résolution est basée sur l'art. 1184 du Cod. Civ. fr. La réparation du dommage causé par l'inexécution est dictée par les art. 1147 et suivant du Cod. Civ. fr. (1). Le cumul est autorisé d'une manière expresse par l'art. 1184 du Cod. Civ. Mais cet article n'ajoute rien de nouveau à la situation. Il ne fait que consacrer expressément une solution qui résulte implicitement de la coexistence des art. 1147 et 1184 dans le Cod. Civ. fr. En vertu de l'art. 1147, le débiteur est responsable de toute inexécution, sauf à prouver qu'elle ne lui est pas imputable. L'inexécution fautive du débiteur autorise le créancier à résoudre le contrat et à exiger en même temps la réparation du préjudice causé par l'inexécution.

En droit allemand la situation est différente. D'un côté, la formule alternative qu'emploient les articles parlant de la résolution exclut la possibilité du cumul. D'un autre côté, on ne peut aboutir au même résultat par l'application des principes généraux en matière de responsabilité contractuelle, car le droit allemand n'en connaît pas. On chercherait en vain dans le BGB. un article équivalent à l'article 1147 du Cod. Civ. fr. ; il n'y en a pas. La situation du créancier devient extrêmement précaire. Car en l'absence d'un texte rendant le débiteur responsable en général du dommage causé par son inexécution fautive, le créancier risque d'être privé de toute réparation.

(1) LEPELTIER, *th. cit.*, p. 284.

L'absence d'un principe ordonnant la réparation du dommage causé par l'inexécution fautive du débiteur, semble d'autant plus surprenante que le BGB. lie la résolution à la responsabilité d'une manière plus évidente et plus formelle, que le Code Civil fr. Le BGB. réglemente dans un article spécial la question des risques dans le contrat synallagmatique. L'expression d'inexécution ne se réfère pas à la fois à l'inexécution fautive et à celle provenant de la force majeure, comme les termes de l'art. 1184 le laissent supposer en droit français. Mais, en outre, le BGB. se réfère expressément à une exécution fautive chaque fois qu'il parle de la résolution. Il s'ensuit que l'inexécution contractuelle pose à la fois une double question : celle de la résolution et celle de la responsabilité. Ces deux questions différentes doivent recevoir des solutions différentes. Elles ne peuvent ni se confondre ni s'exclure réciproquement. La résolution suppose l'extinction du contrat tandis que la responsabilité suppose la réparation du dommage. Le fait de résoudre l'un de ces deux problèmes n'apporte pas de solution pour l'autre. De même l'option de la résolution laisse entière la nécessité de réparer le dommage. Ces deux questions ne peuvent pas s'exclure réciproquement.

§ 3. — Critique du système allemand

174. C'est un argument insidieux qu'invoquent les rédacteurs, que précise la doctrine, et que la jurisprudence met en vedette pour justifier le système allemand.

Cet argument affirme qu'un contrat résolu est un contrat qui n'a jamais existé. Par conséquent, on ne peut pas parler d'inexécution et de dommage causé par l'inexécution du moment qu'il n'y a pas de contrat. En d'autres termes, le raisonnement qui justifie la solution allemande est le suivant : en déclarant la résolution on anéantit rétro-active-

ment le contrat. Pas de contrat, pas d'inexécution. Pas d'inexécution, pas de dommages. Pas de dommages, pas de réparation. On ne peut pas exiger de dommages-intérêts qui supposent l'existence du contrat du moment qu'on l'a anéanti par la résolution.

Cet argument n'est pas exact. Il tend en effet à affirmer qu'en cas d'option des dommages-intérêts le contrat initial subsiste. Le créancier sera tenu d'exécuter son obligation et recevra des dommages-intérêts à la place de la prestation du débiteur, rendue impossible ou inexécutée. D'où il suit que le contrat initial subsiste et s'exécute dans cette hypothèse. Mais la jurisprudence allemande a refusé de consacrer cette solution. Tout au contraire, elle a adopté la théorie opposée : la « Differenztheorie » (1). D'après la jurisprudence, le créancier qui a opté pour des dommages-intérêts n'est pas tenu d'effectuer sa prestation. Selon la théorie qu'elle adopte, le contrat initial se transforme en une prétention unilatérale aux dommages-intérêts. Le droit du créancier porte sur la différence de valeur qui existe entre les dommages-intérêts pour inexécution totale et la valeur de la prestation du créancier, qu'il n'effectuera pas. Le premier contrat paraît donc être éteint et remplacé par une prétention unilatérale du créancier. Mais si le contrat initial est transformé ou remplacé, cela revient bien à dire qu'il n'existe plus. Il en résulte que l'option en faveur des dommages-intérêts aboutit aussi à l'extinction du contrat. Dès lors, l'argument suivant lequel les dommages-intérêts supposent nécessairement l'existence du contrat, se trouve infirmé. Donc l'argument qui semble utiliser la différence existant entre la résolution qui implique l'extinction du contrat, et les dommages-intérêts qui supposent au contraire l'existence du contrat, doit être rejeté et considéré comme infirmé par la jurisprudence.

(1) Voir *infra*, n^{os} 233 s.

175. L'autre argument, selon lequel on ne peut pas cumuler des dommages-intérêts pour l'inexécution avec la résolution, car il n'y a plus d'inexécution du moment que le contrat est anéanti par la résolution, est en réalité un sophisme.

Nous avons déjà souligné que ces institutions sont différentes et obéissent à des lois différentes. Les effets de l'une ne peuvent pas se répercuter sur l'autre. La résolution trouve sa cause immédiate et directe dans l'inexécution. Elle anéantit rétroactivement le contrat et efface du même coup l'inexécution dont on ne peut plus parler du moment qu'on lui enlève son cadre d'existence, le contrat. Mais la résolution ne peut pas effacer en même temps le dommage que l'inexécution a provoqué. Ce dommage a pris une forme concrète et on ne peut pas l'effacer par le recours à la résolution. On ne peut l'effacer que par la réparation consistant en une allocation de dommages-intérêts.

Le dommage qui est le résultat de l'inexécution, est en même temps la cause directe de la réparation. Entre le préjudice et la réparation, il y a une relation directe de cause à effet qui ne peut pas être touchée par le fait que des éléments étrangers souffrent des modifications. Un déterminisme strict nous oblige à dire que l'inexécution provoque le dommage et le dommage la réparation. Le fait que l'exercice de la résolution efface rétroactivement l'inexécution, ne peut pas écarter du même coup la réparation du moment que pendant ce temps le dommage s'est concrétisé. La résolution fait disparaître tout au plus la cause du dommage, mais non celle de la réparation. L'existence du préjudice exige une réparation, que la cause qui l'ait produite existe encore ou ait été effacée par l'existence de la résolution. La résolution, par l'effet rétroactif qu'elle engendre, efface le contrat et, par là même, l'inexécution. Mais elle ne peut rien changer à l'existence du dommage

et à la nécessité de la réparation du moment que celles-ci ont déjà été produites par l'inexécution.

176. Le droit allemand emploie un raisonnement qui est en réalité un sophisme. L'effacement rétroactif de l'inexécution ne peut pas influencer le dommage du moment que celui-ci a une existence effective, de même qu'il ne peut pas influencer la résolution une fois celle-ci produite. Car dans l'hypothèse contraire, on devrait dire : l'exercice de la résolution pour inexécution anéantit le contrat et efface l'inexécution. Mais du moment qu'il n'y a plus d'inexécution il ne peut pas y avoir de résolution. On tournerait alors à l'infini dans ce cercle vicieux.

177. On peut comprendre que la résolution ne se cumule pas avec la réparation du préjudice causé par l'inexécution, chaque fois que la réparation se réfère au gain manqué par l'inexécution du contrat. La solution peut être maintenue toutes les fois qu'une partie rend impossible l'exécution du contrat, en le résiliant et exige en même temps le montant du gain dont elle a été privée par l'inexécution du contrat.

Cette solution est défendable surtout en droit français où la possibilité d'exécuter le contrat coexiste avec le droit de demander la résolution. Il est certain que les tribunaux estiment nécessaire d'interdire au créancier de cumuler la résolution et les dommages-intérêts chaque fois que le créancier préfère anéantir le contrat par la résolution, au lieu de poursuivre son exécution forcée en vue d'obtenir le gain visé par la conclusion du contrat. Car, dans ce cas, le gain manqué par l'inexécution (*le lucrum cessans*) provient de l'option faite par le créancier.

Mais ce raisonnement n'est plus valable pour l'autre série des cas où l'exécution en nature du contrat n'est plus possible précisément parce que le débiteur l'a rendue impossible par son dol ou par sa faute. Dans ces hypothèses, ce

n'est plus le créancier qui en exerçant la résolution renonce au gain que l'exécution du contrat aurait pu lui procurer. Tout au contraire, c'est le débiteur qui en rendant impossible l'exécution du contrat, oblige nécessairement le créancier à recourir à la résolution comme un pis aller. Et, dans ce cas, il semble non seulement équitable mais encore indispensable de permettre au créancier de se dégager du contrat et d'obtenir en même temps l'équivalent du gain dont il a été privé par la faute du débiteur. Dans un système juridique qui admet la résolution précisément au cas où le débiteur rend impossible l'exécution du contrat par un fait dont il est responsable, on devrait d'autant plus permettre de la cumuler avec l'allocation de dommages-intérêts. Le créancier ne serait pas privé du gain escompté par la faute du débiteur. Pourtant le droit allemand n'a pas adopté cette solution qui est la seule logique et juridique.

178. Les conséquences du système allemand sont beaucoup plus inéquitables lorsque la réparation du dommage se réfère non au *lucrum cessans*, mais au *damnum emergens*, à la perte effectivement subie.

En prévision de l'exécution du contrat, le créancier peut prendre des mesures qui du fait de l'inexécution du débiteur se transforment en une perte effective. Il est donc juste que le débiteur qui a rendu l'exécution impossible par sa faute, dédommage le créancier des débours faits en prévision de la normale exécution du contrat. Ce droit ne peut être refusé au créancier sous prétexte que la résolution y fait obstacle en remettant les choses dans la situation antérieure au contrat. Justement pour remettre les parties dans la situation qu'elles occuperaient, si elles n'avaient pas contracté, il est nécessaire de dédommager le créancier des frais impliqués par la conclusion du contrat ou des débours qui par l'inexécution du débiteur sont devenus pour lui de véritables pertes. L'argument invoqué par le droit allemand devrait aboutir à imposer le cumul de l'exercice de la réso-

lution et de la réparation du *damnum emergens*, et non à l'interdire.

L'interdiction de cumuler l'exercice de la résolution et l'allocation des dommages-intérêts est d'autant plus surprenante que dans des situations voisines, le BGB. a admis la solution contraire. L'art. 306 du BGB. pose le principe que le contrat qui a pour objet des prestations impossibles est nul. L'art. 307 reconnaît une *culpa in contrahendo* à la charge de la partie qui procède à la conclusion du contrat en connaissance (ou ignorance coupable) du fait que son obligation contractuelle est impossible. Malgré le fait que le contrat est nul et qu'aucun rapport juridique contractuel ne lie les parties, l'art. 307 oblige la partie coupable à réparer le dommage causé à l'autre partie par la conclusion d'un contrat nul. Même en l'absence de règles posant le principe de la responsabilité contractuelle, les principes généraux concernant la responsabilité délictuelle sont suffisants pour justifier ces résultats. Or, s'il avait été logique avec lui-même, le droit allemand aurait dû admettre la même obligation de réparation en matière de résolution, lorsque le dommage est causé par l'inexécution.

179. Cette caractéristique du système allemand le distingue profondément du droit français, où les tribunaux se réservent le droit de constater l'existence du dommage causé par l'inexécution et d'obliger à réparation (tout en prononçant la résolution) chaque fois qu'il juge à propos de le faire.

Pourtant, sur ce point aussi le droit allemand n'est pas fidèle à ses principes. Une fois encore, l'apparence ne correspond pas au fond des principes. Par des chemins détournés et tout en évitant de le faire ouvertement, le droit allemand a admis dans certaines hypothèses le cumul de la résolution et de la réparation du dommage. Mais pour arriver à ce résultat, le créancier ne doit pas déclarer la résolution et exiger des dommages-intérêts. Il doit exiger

uniquement des dommages-intérêts pour inexécution. Comme nous le verrons (1), la jurisprudence en adoptant la « théorie de la différence », a abouti dans ce cas, à consacrer le cumul de la réparation du dommage causé par l'inexécution avec la rupture unilatérale du contrat.

(1) Voir *infra*, n^{os} 233 s.

CHAPITRE VI

DU CARACTÈRE NON-JUDICIAIRE DE LA RÉSOLUTION EN DROIT ALLEMAND

180. La résolution peut être prononcée par le tribunal, déclarée par le créancier ou avoir lieu de plein droit. Chacune des solutions est défendable, car on peut invoquer des arguments en faveur de l'une comme en faveur de l'autre.

Il est certain que la résolution de plein droit ou celle que déclare le créancier, évite les frais et les lenteurs d'une instance. Pourtant elle présente l'inconvénient de livrer au créancier le débiteur sans défense.

A l'inverse, la résolution judiciaire permet au juge de proportionner la décision à la gravité de l'inexécution, de tenir compte de toutes les circonstances qui l'entourent, d'aggraver ou d'atténuer la sévérité de la résolution. Mais d'un autre côté, cette solution oblige le créancier à subir tous les inconvénients d'un procès, avec le risque de ne pas obtenir la résolution qu'il réclame.

181. En droit français (1) le caractère judiciaire de la résolution est incontestable. Il résulte des termes mêmes de l'art.

(1) DEMOLOMBE, t. 25, n° 514 ; LAURENT, t. 17, n° 129 ; HUC, VII n° 271 ; AUBRY et RAU, IV, p. 127 ; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, II, n° 921 ; PLANIOL, RIPERT, ESMEIN, VI, n° 428 ; COLIN, CAPITANT, II, n° 154, etc...

1184 du Code Civil. Mais cette consécration du caractère légal est le résultat d'une longue évolution. L'origine de cette disposition se trouve dans le droit canonique. « Le juge ecclésiastique appréciait si le contractant inexécutant avait commis un péché susceptible de sanctions ecclésiastiques, indépendamment de la libération de son co-contractant (1). Ce caractère s'est maintenu au cours de l'ancien droit français où les juridictions laïques ont étendu leur compétence.

D'ailleurs, le caractère judiciaire de la résolution était en plein accord avec le principe que « nul ne peut se faire justice à soi-même » (2).

En droit français, les juges du fond ont un pouvoir souverain pour accorder ou refuser la résolution.

Selon l'expression de Demolombe (3) le jugement « crée » la résolution, car « l'inexécution ne résoud pas le contrat ; elle le rend simplement résoluble » (4).

Ce système présente un avantage incontestable pour le débiteur, qui peut valablement exécuter en cours d'instance. Cette facilité accordée au débiteur constitue en même temps la meilleure preuve que le contrat est maintenu malgré l'inexécution, et qu'il est susceptible d'exécution jusqu'au jugement qui « crée » la résolution.

Le système qui fait prononcer la résolution par les tribunaux présente aussi l'avantage d'entraîner l'examen préalable de la question par ces tribunaux. Les juges vont d'abord apprécier la bonne foi respective des parties, leur degré de culpabilité et l'étendue de l'inexécution du débiteur par rapport aux intérêts du créancier. Ils vont se prononcer sur le sort du contrat seulement après cet examen. Ce système permet de mieux proportionner la décision à l'espèce et

(1) CASSIN, *Cours doctorat*, 1934-35, p. 380.

(2) CASSIN, *th. cit.*, pp. 337 s.

(3) DEMOLOMBE, XXV, n° 514.

(4) LEPeltier, *th. cit.*, p. 41.

d'éviter qu'un créancier n'abuse d'un débiteur défaillant et sans défense.

§ 1^{er}. — Caractère non-judiciaire de la résolution
en droit allemand

182. Tout différent est le système allemand. Selon l'art. 349 du BGB. « La résolution a lieu par déclaration envers l'autre partie ». La déclaration de résolution fait partie d'une classe d'actes propres au droit allemand. C'est un acte unilatéral nécessitant réception (*einseitige empfangsbefähigte Geschäfte*). Ses caractères généraux sont les mêmes que ceux de la déclaration de l'art. 326 du BGB. (1) nous les avons déjà analysés.

Les effets de la déclaration commencent à se produire à partir du moment où elle est parvenue à l'adversaire. La déclaration est un « *Gestaltungsgeschäft* ». C'est pour cela qu'elle est irrévocable. La première commission le dit d'une manière expresse dans l'art. 426 al. 11. Les rédacteurs du deuxième projet ont fait disparaître cette disposition, considérant qu'elle résulte implicitement de l'extinction du contrat et du fait qu'une seule volonté n'est pas suffisante pour le remettre en vigueur.

La renonciation unilatérale aux effets de la résolution n'est pas possible (2). Pour écarter les effets de la résolution un nouveau contrat est nécessaire (3).

Son caractère de « *Gestaltungsrecht* » s'oppose à ce que la résolution soit déclarée sous condition (4). La déclaration faite sous condition est inefficace. La déclaration ne peut pas être faite sous condition résolutoire. La majorité de la doctrine est en ce sens, même en ce qui concerne la condition

(1) Voir *supra*, n° 166.

(2) WALSMANN, *Verzicht*, p. 237.

(3) Voir *infra*, n° 193, 195.

(4) STAUDINGER, p. 620 ; KISCH, *op. cit.*, p. 137 ; BRÜCK, *Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte*, p. 127.

suspensive. Kisch admet que la résolution soit déclarée sous *condictio legis* ou sous n'importe quelle autre condition dépendant uniquement de la volonté du débiteur (1). Il admet également la déclaration de résolution affectée d'un terme.

Aucune forme n'est prescrite pour la déclaration (2). Il n'est pas nécessaire d'indiquer dans la déclaration le motif de la résolution (3).

La déclaration de résolution peut être faite dans les actes de procédure, dans l'instance judiciaire ou dans un écrit préparatoire (4).

183. Le système du BGB est emprunté de l'A.L.R. Ce Code prussien profondément imbu de l'esprit rationaliste du *xviii*^e siècle, tâchait par une réglementation précise et minutieuse, d'assurer au droit une application mécanique. L'intervention du jugé n'était plus nécessaire pour l'application de la loi à chaque cas concret ; l'application du droit se réalisait d'une manière automatique. L'A.L.R. « était né au *xviii*^e siècle, au milieu de ce rationalisme qui ne se croyait appelé à rien moins qu'à la représentation intégrale de la perfection absolue ; on réclamait de nouveaux codes qui puissent, grâce à l'absence de toute omission, assurer au droit une application, quasi-automatique, et par le caractère abstrait de leurs prescriptions, être utilisés en tout temps et par tout peuple. De là l'effort pour édicter des règles de droit dans des articles détaillés, englobant toutes les hypothèses possibles ; de là la crainte de la toute-puissance et de l'arbitraire du jugé, auxquels les portes seraient grandes ouvertes (5) si la loi ne lui traçait pas tout le chemin précis à suivre ».

(1) KISCH, *op. cit.*, p. 137.

(2) WARNEYER, p. 689 ; OERTMANN, p. 344 ; PLANCK, p. 457.

(3) R. G. in Recht, 1914, n° 1811.

(4) R. G. in Recht, 1901, p. 589 ; R. G. Z., Bd. 50, p. 158 ; Bd. 53, p. 148 ; Bd. 71, p. 27 ; R. G. in J. W., 1903, p. 21.

(5) E. MÜLLER, *Le code civil en Allemagne*, Livre du centenaire, t. II, p. 627.

Or, le système du BGB. est le même que celui de l'ALR. Les réflexions provoquées par ce dernier gardent toute leur valeur pour le BGB.

L'absence de principes généraux ; la réglementation en détail de chaque hypothèse envisagée particulièrement, tendent à éliminer toute incertitude et toute appréciation pour rendre ainsi inutile l'intervention des tribunaux.

Le caractère compliqué que la résolution présente dans le droit allemand est certainement une conséquence de son caractère non-judiciaire. Car si on avait édicté pour la résolution des principes généraux, des formules larges et simples, on aurait risqué implicitement de remettre entre les mains du créancier une arme extrêmement redoutable. Dépourvu du contrôle judiciaire il aurait abusé d'un pouvoir arbitraire. Ce système aurait validé ainsi tous les abus et toutes les injustices que le créancier était porté à commettre. Pour éviter l'arbitraire et pour limiter le pouvoir du créancier, on a fait de la résolution une institution exceptionnelle (ce qui coïncidait d'ailleurs avec la tradition juridique allemande) jouant dans des hypothèses strictement limitées et entouré des formalités compliquées. On pensait que cette réglementation en détail était susceptible d'éviter les abus du créancier, que le caractère non-judiciaire pouvait faire naître. Reste à savoir si le résultat à obtenir mérite ce sacrifice de méthode.

Dépourvue de l'origine canonique et de longue évolution judiciaire qu'elle possède en droit français, la résolution a pris en droit allemand un caractère spécial. Au lieu de devenir une solution destinée à sauver l'équilibre contractuel, ainsi qu'à rétablir au nom de la bonne foi l'équilibre entre les parties, la résolution devient en droit allemand un simple droit pour le créancier, un « *gestaltungsrecht* ».

Il nous est impossible de préciser si le caractère non-judiciaire fait de la résolution un « *gestaltungsrecht* » ou si son caractère de « *gestaltungsrecht* » rend superflu l'intervention des tribunaux.

§ 2. — Aperçu sur la théorie « des droits constitutifs »
en droit allemand

184. Il est certain que ce genre de droits constitue une des innovations du législateur allemand (1). La doctrine, reprenant cette notion, a essayé de lui donner une forme ordonnée et d'en dégager les caractères principaux.

D'après leur contenu ces droits consistent, non dans la maîtrise actuelle et directe portant sur une personne ou sur une chose, mais dans la puissance de fonder, d'éteindre ou de modifier un rapport juridique, d'une manière unilatérale (2).

Zitelmann (3) fut un des premiers à s'en occuper en 1898 dans son *International Privatrecht*. Il baptisa ce groupe de droits « Rechte des Rechlitchen Könnens ». Ensuite il le divisa en trois catégories : a) « Rechte des rechtlichen Könnens » ; b) « Rechte des rechtlichen Dürfens » (Absolute Herrschaftrechte) ; c) « Rechte des rechtlichen Sollens » (Relative Herrschaftrechte). La division tripartite de Zitelmann fait ressortir le caractère propre à l'esprit allemand, qui est analytique et spéculatif. Mais elle n'a pas été adoptée par la doctrine.

Jellineck répondit que « chaque droit privé subjectif, contient en lui-même nécessairement un « Dürfen » et un « Können ». Jamais un « Dürfen » n'est possible sans « Können » (4). La théorie tripartite basée sur la distinction entre « Dürfen » (avoir la permission), sollen (avoir une obligation morale) et « Können » (pouvoir) n'est pas satis-

(1) Il n'est pas possible d'exposer cette question dans son ensemble. Nous nous contentons de donner quelques indications d'ordre général. La question n'a pas fait en droit français l'objet d'une étude spéciale et approfondie. Pourtant elle le mérite. Les divers auteurs qui ont eu à s'occuper d'elle d'une manière accidentelle traduisent différemment l'expression de « Gestaltungsrecht ». L'expression qui nous semble la plus convenable est celle de « droit constitutif ».

(2) SECKEL, *op. cit.*, p. 208.

(3) ZITELMANN, *International Privatrecht*, I, 1898.

(4) SECKEL, *op. cit.*, p. 210.

faisante car « dürfen » et « können » appartiennent au point de vue actif, tandis que « sollen » à celui passif.

Crome également rejette la théorie de Zitelman (1) comme étant trop abstraite. Sous le titre de « Gegenrechte » il groupe certains droits voisins, comme les droits d'annulation, de compensation, de résolution, de résiliation, etc... Seckel estime que la formule de Crome est trop étroite en ce sens qu'elle laisse de côté certains droits qu'elle devrait englober et trop large parce qu'elle admet certains droits ayant un but différent (ainsi les exceptions opérant ipso jure).

L'expression de « Gestaltungsrechte », que nous avons adoptée, appartient à Seckel (2). Le « droit constitutif » est un droit privé et subjectif dont le contenu consiste dans le pouvoir de changer, de transformer d'une manière unilatérale, un rapport juridique. Le rapport juridique, l'objet atteint par ce droit de disposition, peut être une charge, un droit, une obligation, une personne ou même un droit constitutif. Le droit constitutif s'exerce sous forme d'une déclaration unilatérale de volonté entre vifs ou *mortis causa*.

Il semble que cette notion dépasse le cadre du droit privé et s'étende aussi au droit public (3). D'ailleurs, « le droit constitutif » possède le caractère d'un « acte d'autorité » mis en mouvement par un particulier dans le cadre du droit privé (4).

Naturellement le fait de faire des offres ou de conclure des contrats n'est pas un droit de disposition car ce qui est au pouvoir de tous, ne peut constituer un pouvoir spécial.

Cette catégorie de droits est caractérisée par le fait qu'elle s'exerce d'une manière unilatérale, grâce à une déclaration de volonté, et sans le concours d'aucune autre volonté ou

(1) KROME, *System*, I, 1900.

(2) SECKEL, *op. cit.*, p. 210.

(3) SECKEL, *op. cit.*, p. 211.

(4) Il serait intéressant de faire un rapprochement avec le droit administratif.

autorité. La déclaration de volonté nécessite réception. Le fait de vouloir recevoir ou refuser la déclaration de volonté est sans importance, car de toute façon, elle produit ses effets.

Le destinataire garde un rôle purement passif. Il ne peut ni exiger la déclaration ni la refuser. Les effets produits par l'exercice du « *Gestaltungsrecht* » peuvent avoir lieu *ex nunc* ou *ex tunc*. Les « droits constitutifs » qui sont imprescriptibles peuvent être classés d'après la situation juridique, d'après les personnes qui en subissent les effets ; ayant droit seul ou tiers (1).

Certains auteurs, parmi lesquels il faut ranger Hellwig (2) font rentrer dans les droits constitutifs les exceptions péremptoires pour la bonne raison qu'elles éteignent le droit auquel elles se rapportent. Windscheid y fait rentrer certaines facultés. Seckel remarque qu'entre la faculté et le droit de disposition il y a une grande ressemblance. Pourtant les deux notions se différencient par le fait que seul le droit de disposition s'exerce sous forme de déclaration unilatérale de volonté (3).

§ 3. — Critique du système allemand

185. Le système allemand, évitant les lenteurs de la justice, présente de grands avantages de rapidité en ce qui concerne la solution des litiges.

Pourtant on peut, dès le début, lui faire certaines critiques. D'abord il vient à l'encontre du principe interdisant qu'on se fasse justice à soi-même. En conséquence il rend le créancier juge dans sa propre cause. Le créancier aura à apprécier si l'inexécution du débiteur est suffisamment grave pour justifier la résolution (dans le cas d'une inexécution partielle). Dans le cas de l'art. 325 il devra apprécier si le débiteur est responsable de l'impossibilité survenue.

(1) Voir SECKEL, *op. cit.*, pp. 212-215 et son école citée en ce passage.

(2) HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, pp. 21 et s.

(3) SECKEL, *op. cit.*, p. 216.

Ensuite c'est lui qui jugera s'il a rempli les formalités préalables donnant le droit de déclarer la résolution. Ce pouvoir de juger dans sa propre cause est dangereux. Car il est arbitraire de confier ce pouvoir à une personne ne possédant ni la qualité ni la pratique nécessaire pour juger et qui, de plus, ne pourra le faire dans les conditions d'objectivité requises. Le créancier sera toujours porté à satisfaire ses intérêts (quels qu'ils soient) et d'abuser ainsi de son pouvoir et de recourir à la résolution trop vite et pour toute inexécution. Ainsi pour le risque pour le débiteur défaillant devient très grand.

Faire de la résolution un acte non-judiciaire, ne peut correspondre à éliminer l'intervention des tribunaux. Celle-ci est absolument nécessaire. Car seul le tribunal peut grâce à son impartialité conduire à une solution équitable dans un litige qui met aux prises les deux parties.

Le système allemand peut aboutir à des résultats merveilleux dans les hypothèses où une des parties est de bonne foi et remplit les conditions légales, tandis que l'autre ne les remplit pas. Quand la justice est de toute évidence d'un seul côté, l'intervention des tribunaux semble superflue, les choses étant décidées d'avance. Mais l'intervention des tribunaux est absolument nécessaire quand les deux parties sont en faute, et quand l'intervention de la résolution dépend de l'appréciation de leur degré respectif de responsabilité.

La résolution est l'aboutissement d'une série de formalités. Dès lors, la présence d'une autorité supérieure et impartiale appelée à contrôler si ces formalités ont été remplies, semble indispensable. Même en face d'un Code qui s'efforce de mettre ses institutions en mouvement quasi-automatiquement, et qui, par suite, prévoit limitativement les cas et les conditions dans lesquels la résolution peut intervenir, il faut une autorité supérieure à même de juger si vraiment ces conditions sont remplies.

En fait, malgré le caractère non-judiciaire qu'il attribue

à la résolution, le système allemand n'a pas réussi à éliminer l'intervention des tribunaux (1). Comme le créancier déclarera la résolution chaque fois qu'il croira en avoir le droit et non chaque fois qu'il aura effectivement ce droit, l'intervention des tribunaux se produira à peu près toujours, mais *post factum*. Les tribunaux vont examiner si les conditions préalables sont remplies. Dans l'affirmative ils vont se contenter de constater la résolution. Ici leur rôle est semblable à celui des tribunaux français validant la rupture unilatérale du contrat. Dans l'hypothèse contraire, ils écarteront la résolution ou prolongeront le délai trop court (2).

Donc non seulement le système allemand n'a pas réussi à éliminer l'intervention des tribunaux mais il l'a rendue peut-être aussi fréquente qu'en droit français. Et cela pour contrôler l'existence des conditions légales, ainsi que pour éviter les abus éventuels de la part du créancier. Ce que le système allemand a réussi à faire c'est à déplacer le moment où se produit l'intervention des tribunaux. Leur contrôle ne s'exerce pas préventivement comme dans le droit français, mais *a posteriori* comme dans le cas où la jurisprudence française valide la rupture unilatérale d'un contrat. D'ailleurs, chaque fois que le contrat aurait déjà fait l'objet d'un commencement d'exécution, la résolution obligera les parties à une restitution réciproque. Or la fixation du quantum à restituer se fera à peu près toujours par l'intermédiaire des tribunaux.

186. Nous pouvons retenir de tout cela que la résolution en droit allemand fait partie des « droits constitutifs ». Comme telle, elle se réalise par une déclaration unilatérale de volonté. Ainsi la différence entre les systèmes français et allemand s'avère particulièrement grande. Pourtant il ne faut pas oublier que même dans ce domaine, la jurispru-

(1) Voir *supra*, n^{os} 97 s.

(2) Voir *supra*, n^{os} 97 s.

dence a opéré un rapprochement réduisant sensiblement les différences entre les deux systèmes. Seulement cette fois-ci c'est de la jurisprudence française qu'il s'agit. L'art. 1184 C. Civ. fr. consacrant un point de vue plus rigide, ne prend pas en considération les hypothèses dans lesquelles la résolution doit être prononcée par nécessité, immédiatement après l'inexécution. Dans la vie pratique la solution de nombreux cas ne peut attendre les lenteurs de la justice. Bien des fois, pour des raisons d'immédiate nécessité, il est utile de permettre au créancier de préciser au plus vite une situation juridique. Dans ces hypothèses, on ne peut pas le forcer à respecter jusqu'au prononcement d'un jugement les liens d'un contrat que l'autre partie refuse précisément de respecter.

Ainsi la jurisprudence comprenant mieux les besoins de la vie pratique est arrivée à une formule plus souple : elle tend à transformer le procès judiciaire et à déplacer le moment de son intervention.

Selon le Code Civil français, le contrôle des tribunaux est préventif. Les tribunaux ne se bornent pas à constater la résolution ; ils jouent au contraire un rôle actif puisqu'ils la créent. La jurisprudence à laquelle nous faisons allusion, permet au créancier pour des raisons d'urgente nécessité, de se dégager unilatéralement du lien contractuel et même avant toute décision judiciaire (1). Les tribunaux valident ces mesures qui relèvent de la justice privée (2). Par là même ils acceptent de modifier leurs attributions ; leur examen se transforme en un contrôle *a posteriori*, qui constate mais qui ne crée pas la résolution. Dans de telles hypothèses les tribunaux se bornent à contrôler si les conditions légales étaient remplies, et à constater une résolution déjà existante.

La situation est voisine en droit allemand. Le créancier,

(1) CASSIN, *La Résolution judiciaire*, p. 86.

(2) VALIMARESCO, *th. cit.*, ; SAGUÉS, *La rupture unilatérale des contrats* ; CASSIN, *th. cit.*

déclare la résolution, une fois les conditions légales remplies. En droit, les tribunaux n'ont pas à intervenir, pas même pour la constater. Pourtant, en fait, ils interviennent pour constater si les conditions légales sont remplies. Car c'est en invoquant ce motif que le débiteur contestera au créancier le droit de déclarer la résolution (1). Cela veut dire qu'en fait les tribunaux interviendront toujours en exerçant un contrôle *a posteriori*, qui tend à constater le bien-fondé et l'existence de la résolution. Comme nous l'avons déjà vu (2), les tribunaux allemands ont une tendance très nette à élargir le champ de leur contrôle. En effet ils interviennent pour constater le caractère convenable du délai ; pour l'allonger, mais aussi pour contrôler l'usage que le créancier fait de la résolution et pour prononcer contre lui, dans certains cas, de véritables peines civiles que la loi n'avait pas prévu.

Ces explications imposent invinciblement un rapprochement entre les deux systèmes juridiques. Entre le système de la jurisprudence française, qui valide la rupture unilatérale des contrats, et le système du droit allemand il y a identité complète sur ce point ; cependant la solution française est jurisprudentielle et exceptionnelle tandis que le système allemand est légal et général.

(1) Voir *supra*, n^{os} 98 s.

(2) Voir *supra*, n^{os} 97, 98, 101 s.

LIVRE TROISIEME

DES EFFETS DE L'OPTION DU CRÉANCIER

Ce livre sera divisé en deux parties. Dans notre première partie nous nous occuperons des effets de la résolution. Dans notre deuxième partie nous étudierons les effets de l'option du créancier lorsqu'elle porte sur les dommages-intérêts.

PREMIERE PARTIE

La dissolution du contrat peut s'opérer de deux façons. Dans le premier cas, la résolution avec effet rétroactif opère la dissolution du contrat, tant dans le passé que pour l'avenir. Dans cette hypothèse il y a résolution proprement dite au sens technique du mot.

Dans le second cas, la dissolution du contrat n'intervient que pour l'avenir, tout en laissant subsister pour le passé le contrat et son exécution. Cette deuxième forme d'extinction contractuelle s'appelle résiliation.

Cette distinction est logique. Elle tient compte des divers aspects de l'exécution des contrats qui peut être ou instantanée ou successive.

Un contrat à exécution instantanée, même partiellement exécuté, n'a jamais été régulièrement exécuté. A aucun moment au cours de son existence l'équilibre fonctionnel n'a été parfait. Son exécution a toujours été boiteuse. Dès lors la résolution doit s'opérer sur tout le contrat, dans l'avenir comme dans le passé. On ne peut maintenir aucune partie du contrat. La situation est toute différente dans un contrat à exécution continue ou successive. L'exécution de ces contrats s'étend toujours sur une certaine période. Le contrat peut avoir été exécuté normalement pendant un temps. Puis l'une des parties ne remplit plus ses obligations. Le déséquilibre qui se manifeste dans l'exécution actuelle du contrat ne peut en rien influencer son exécu-

tion normale dans le passé. Dès lors il semble logique de ne pas attribuer d'effet rétroactif à la résolution dans ce cas. Il est plus simple de maintenir le contrat pour la période où il a été exécuté normalement, et de le dissoudre seulement pour l'avenir.

Cette première partie sera divisée en trois titres. Le titre préliminaire sera consacré à la conception des rédacteurs touchant les effets de la résolution.

Le premier titre traitera des effets de la résolution entendue au sens technique et étroit du mot.

Le titre second sera consacré aux effets de la résiliation.

TITRE PRELIMINAIRE

**DE LA CONCEPTION DES RÉDACTEURS
TOUCHANT LES EFFETS DE LA RÉSOLUTION**

187. Le BGB. n'avait rien décidé relativement aux effets de la résolution légale. En revanche ses rédacteurs avaient prévu et réglementé d'une manière très détaillée les effets de la résolution contractuelle. Le fait est surprenant. Etant donné l'autonomie de la volonté les parties peuvent faire produire à la résolution des effets plus ou moins étendus que ceux prévus ordinairement par la loi (1). Mais il est tout à fait étonnant de voir le BGB. traiter de ce que les parties vont prévoir. On comprendrait bien une réglementation supplétive des effets de la résolution légale ; cependant elle ne se trouve pas dans le BGB. Il est d'autant plus surprenant d'y voir figurer une réglementation supplétive des effets de la résolution contractuelle. La loi intervient normalement à titre supplétif dans le cas où les parties n'en ont pas disposé autrement. Mais cette intervention ne se justifie plus lorsque les parties entendent précisément déroger aux lois qui ne sont pas impératives ; elles jouissent alors d'une entière liberté contractuelle.

Au contraire la réglementation des effets de la résolution légale est une pièce indispensable du système. L'absence

(1) Voir *infra*, n^o 190 s.

d'une telle réglementation est inadmissible. Le BGB. résout le problème d'une manière ingénieuse. En effet, dans l'art. 327, il dispose que « en ce qui touche le droit de résolution prévu aux articles 325, 326, il y a lieu de faire application correspondante des dispositions des articles 346 à 356 admises pour le droit de résolution contractuelle ». Donc par une extension légale on applique à la résolution légale des dispositions visant la résolution contractuelle. Cette solution peut-être commode a cependant des inconvénients. Elle est mal appropriée car elle étend à d'autres hypothèses des dispositions qui ne conviennent qu'à la résolution contractuelle. Nous signalerons ces inconvénients au fur et à mesure de notre étude.

CHAPITRE PREMIER

DES THEORIES RELATIVES
AUX EFFETS DE LA RÉSOLUTION

SECTION PREMIÈRE

DES THÉORIES SOUTENUES
LORS DE LA RÉDACTION DU BGB.

188. Les jurisconsultes allemands ont dégagé à grand' peine les effets de la résolution (1) ; car la résolution peut entraîner des effets variables, selon la conception que l'on s'en fait. Les juristes allemands étaient préoccupés avant tout de ne pas porter atteinte aux droits des tiers par l'exercice de la résolution. Celle-ci opère l'anéantissement du contrat et par là elle fait disparaître le fondement juridique des aliénations au profit des tiers. Ce principe est formulé dans l'adage « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientes* ».

La première commission craignait les effets réels que peut entraîner la condition résolutoire. La protection accordée à la partie ayant déclaré la résolution lui semblait aller beaucoup trop loin si on assimilait les effets de la résolution à ceux de la condition résolutoire (2) ; elle craignait que la

(1) NECHITCH, th. cit., p. 114.

(2) *Motifs*, II, p. 281.

sécurité des relations commerciales (1) ne s'en trouvât compromise.

Les membres de la première commission étaient d'avis d'exiger stipulation spéciale des parties pour que la résolution produisît les effets d'une condition résolutoire. Pour eux la résolution ne devait produire d'effets qu'entre les parties contractantes ; ce principe correspondait mieux au but de la résolution et aux intentions des parties. Pour tous ces motifs la première commission a décidé dans l'art. 427 que la déclaration de la résolution fonde directement pour les deux parties une exception, indépendante et imprescriptible, s'opposant à toute prétention à l'exécution du contrat. D'un autre côté elle fait naître au profit des deux parties un droit personnel et une obligation personnelle au rétablissement de la situation antérieure au contrat. C'est une obligation *ad restituendum in integrum* (2).

Cette règle ne porte pas atteinte aux droits qu'un tiers peut avoir acquis sur l'objet du contrat résolu. Même si le tiers acquéreur a eu connaissance du droit personnel (*schuldrechtliche Anspruch*) du créancier sur la chose, cela ne peut ni l'empêcher d'acquérir, ni l'obliger aux dommages-intérêts. Le créancier ne peut donc élever aucune prétention à l'encontre du tiers acquéreur.

Le premier projet rompt avec le principe régnant dans le droit commun et selon lequel les effets de la résolution étaient identiques à ceux de la condition résolutoire (3).

Afin de distinguer les effets de la résolution de ceux de la condition résolutoire, la première commission fait revivre une ancienne solution romaine. Au lieu d'opérer l'extinction *juris et de jure* du contrat, la résolution l'opère *exceptionis ope* (4). Pourtant ce genre d'extinction se conci-

(1) *Motifs*, II, p. 281.

(2) *Motifs*, II, p. 281.

(3) WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 323 ; OERTMANN, p. 67.

(4) NECHITCH, *th. cit.*, p. 144.

lie difficilement avec la résolution proprement dite (1). Le contrat n'est pas éteint rétroactivement (2), mais son exécution est paralysée pour l'avenir au moyen de deux exceptions agissant en sens contraire (celle du créancier et celle du débiteur). Pour le passé la résolution fait naître des obligations personnelles à restitution. Elle ne peut avoir effet contre les tiers ayant acquis entre temps des droits réels sur l'objet du contrat.

189. La deuxième commission n'a pas partagé cette manière de voir (3). Certains rédacteurs ont même fait une proposition en sens contraire, selon laquelle la résolution aurait dû entraîner l'extinction complète du contrat. La deuxième commission a cependant rejeté cette proposition aussi, parce que la première en avait déjà pris une semblable en considération. Après des tâtonnements et des revirements on est finalement tombé d'accord pour donner à l'art. 427 (premier projet) sa forme actuelle. Sans prendre parti d'une manière décisive, le BGB. dispose dans l'art. 346 que : « lorsque dans un contrat l'une des parties s'est réservé le droit de résiliation, les parties sont obligées, si la résiliation a lieu, de se procurer à nouveau par voie de restitution réciproque les prestations qu'elles avaient reçues. Si la prestation consistait en services qui aient été fournis ou dans l'abandon de la jouissance d'une chose, on doit procéder par voie d'équivalent, ou en remboursant la valeur ou, dans le cas qu'une contre-prestation en argent ait été fixée dans le contrat, en s'acquittant de cette contre-prestation elle-même ».

Le BGB., par cette formule large et habile, laisse à la doctrine et à la jurisprudence le soin de prendre définitivement parti sur la question.

(1) SALEILLES, *op. cit.*, p. 347.

(2) OERTMANN, p. 65 ; NECHITCH, *th. cit.*, p. 144.

(3) *Prot.*, I, pp. 788-789.

SECTION II

DES THÉORIES SOUTENUES
APRÈS LA PROMULGATION DU BGB.

Mais la doctrine elle aussi est divisée sur ce point. D'ailleurs les arguments qu'elle oppose sont la reproduction de ceux qu'on avait fait valoir pendant la rédaction.

190. Une première opinion est représentée par la théorie « *der directen Wirkung* » (théorie de l'effet direct). Cette théorie est dominante en doctrine et semble être acceptée aussi par la jurisprudence.

Les auteurs (1) qui défendent ce point de vue soutiennent que le contrat est rétroactivement éteint par résolution. La résolution anéantit *ex tunc* le rapport contractuel. Pour l'avenir les parties ne se doivent plus rien. Les prestations faites en exécution du contrat résolu perdent leur cause juridique. Comme telles elles doivent être restituées sur la base de la *causa finita*. Pour écarter le contrat, la résolution n'entraîne pas de simples exceptions unilatérales en sens contraire (2). Elle s'attaque au fondement juridique même du rapport d'obligation.

Pour justifier leur opinion les auteurs invoquent des arguments différents.

Planck (3) estime que l'historique de l'art. 346 ne per-

(1) LANGHEINKEN, *Anspruch und Einrede*, p. 315 ; OTTO, *Sächsische Verträge über das BGB.*, p. 271 ; OERTMANN, *Seuff Bl.*, Bd. 69, p. 65 ; ENECCERUS, p. 461 ; WARNEYER, p. 686 ; PLANCK, pp. 193, 453 ; STAUDINGER, p. 607 ; GOLDMANN-LILIENTHAL, I, p. 401 ; SCHOLLMAYER, zu 346, n° 2 ; KÜHLENBECK, II, p. 199 ; HOMPEL, *Verständigungszweck im Recht*, p. 191 ; KISCH, *Unmöglichkeit*, pp. 134-144 ; SIEBER, *Ih. I.*, Bd. 70, p. 280 ; LEVY, *Diss.*, 1908, p. 13 ; KAUFMANN, p. 202 ; DEMELIUS, *Zur Lehre von der Aufhebung der Rechtsverhältnisse*, *Diss.*, 1902, pp. 54, 58 ; STROHAL, *Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse nach der Zweiter Lessung des Entwurfs eines BGB.*, *Ih. I.*, Bd. 33, p. 361.

(2) OERTMANN, p. 339 ; SIEBER, p. 286.

(3) PLANCK, p. 193.

met pas de faire naître de la résolution des simples exceptions. Selon lui, chaque fois que le BGB. parle d'une exception, il la désigne expressément ou il emploie la formule suivante « le débiteur est autorisé à refuser la prestation ». Or rien de semblable ne se trouve dans l'art. 346.

A ces arguments Oertmann en a ajouté d'autres (1). Le contractant qui déclare la résolution manifeste l'intention de se libérer du contrat. Le fait de lui fournir une simple exception ne correspond, ni à son désir, ni au but de la résolution. L'anomalie d'un pareil système est plus saisissante encore dans l'hypothèse de la clause compromissaire. Il semble tout à fait étrange d'accorder une simple exception à la partie qui s'est réservé la résolution.

Oertmann remarque encore que dans l'hypothèse de l'art. 326 l'expiration du délai exclut la possibilité de l'exécution en nature. L'expiration du délai à elle seule paralyse l'exécution en nature du contrat. Il semble donc illogique d'attribuer à la résolution l'effet (2) qu'on considère comme déjà produit par l'expiration du délai. Enfin, plusieurs articles (346, 347, 350) ne peuvent s'expliquer si on assimile la résolution à une simple extinction *ex nunc* (3).

D'ailleurs c'est justement dans ce pouvoir d'extinction rétroactif, propre à la résolution, que consiste la principale différence entre la résolution et la résiliation. Or, si on admet que la résolution opère comme la résiliation seulement une extinction *ex nunc*, on ne peut comprendre pourquoi le BGB. en a fait deux institutions différentes (4).

D'où il résulte que la résolution doit entraîner l'extinction rétroactive du contrat. Et c'est cette seule extinction rétroactive qui peut expliquer l'obligation de restituer les prestations faites en exécution d'un contrat résolu. Toutes

(1) OERTMANN, *Seuff Bl.*, Bd. 69, pp. 71-72.

(2) WESTMANN, *art. cit.*, p. 73.

(3) OERTMANN, *art. cit.*, p. 74.

(4) OERTMANN, *art. cit.*, p. 75.

les autres théories qui admettent que la résolution entraîne une extinction *ex nunc* du rapport contractuel ne peuvent, en bonne logique, expliquer l'obligation de restitution.

Oertmann termine en affirmant que la résolution comprise de cette façon ne peut pas être confondue avec la condition résolutoire. D'ailleurs c'est ce qui résulte des Motifs de la première commission.

C'est précisément parce que la résolution ne se confond pas avec la condition résolutoire que les actes de disposition et les charges réelles consenties par le débiteur sur l'objet du contrat ne tombent pas par l'exercice du droit de résolution. D'ailleurs l'arrivée de la condition résolutoire se concilie mal avec la résolution dépendant de la déclaration du créancier.

191. Mais cette « Théorie de l'effet direct » n'a pas rallié toute la doctrine. Certains auteurs, d'ailleurs en minorité, soutiennent une théorie diamétralement opposée : celle des effets indirects.

Selon la théorie « *der indirekten Wirkung* » la résolution ne touche pas au rapport contractuel, qui continue d'exister. L'exécution des obligations non encore remplies se trouve paralysée par des exceptions réciproques (1).

Un autre groupe d'auteurs (2) estime que la résolution opère *ex nunc*. Elle ne touche pas à la partie du contrat qui s'étend dans le passé. Mais — selon eux — la résolution dissout le contrat pour l'avenir. Ces auteurs (3) semblent confondre la résolution et la résiliation. Cette confusion entre ces deux institutions est très visible chez von Tuhr (4).

(1) KOHN, J. W., 1902, pp. 7 s. ; DERNBURG, p. 268 ; CROME, pp. 199, 200 ; ENDEMANN, p. 659 ; MATHIAS, *op. cit.*, p. 410 ; HEDEMAN, SCHULD-RECHT, p. 383.

(2) Théorie moyenne (*Mittlere Theorie*).

(3) HELWIG, *Anspruch*, p. 21 ; KIPP, bei WINDSCHEID, pp. 347, 537 ; SECKEL, *Gestaltungsrechte, Festschrift für Koch*, pp. 222, 223 ; GIERKE, p. 308 ; von TUHR, I, p. 201.

(4) von TUHR, *op. cit.*, p. 201.

Il affirme que « par la résolution le rapport juridique s'éteint *ex nunc*... Dans le même sens *ex nunc* s'opère la révocation des donations et la résiliation ». Dans le même sens, Seckel (1), qui est d'avis que la « résolution libère pour l'avenir et relativement aux prestations inexécutées. Elles ne peuvent plus être exigées ». Tout de même la confusion entre ces deux institutions n'est pas complète, car la résolution entraîne des effets différents de ceux de la résiliation pour le passé.

Mais tous les autres partisans de cette seconde théorie admettent que la résolution fait naître des obligations de restituer les prestations déjà effectuées. Ce sont des obligations réciproques (*Gegenverpflichtungen*).

Ces auteurs invoquent comme preuve en leur faveur le fait que la première commission partageait cette opinion, ainsi que le fait que la deuxième commission n'a pas pris parti ni pour ni contre.

Dernburg (2) invoque un autre argument. D'après lui, dans la théorie du droit direct et de l'extinction du contrat, la restitution aurait dû se faire conformément au principe de l'enrichissement sans cause. Or l'art. 346 du BGB. fait dépendre l'obligation de restitution d'un autre principe. Dernburg en déduit que le BGB. s'est rangé à l'avis de la première commission. Or, celle-ci avait refusé d'admettre que la résolution entraîne l'extinction du contrat.

L'argument ne semble pas convaincant ; il n'est nullement prouvé qu'en cas d'extinction du contrat, la restitution doit se faire d'après le principe de l'enrichissement sans cause. Bien au contraire, il paraît plus conforme au droit et à la logique d'admettre que les parties contractantes doivent se restituer tout ce qu'elles ont reçu.

(1) SECKEL, *op. cit.*, pp. 222-223.

(2) DERNBURG, II, p. 268.

SECTION III

DE L'INTÉRÊT RESTREINT DE CETTE CONTROVERSE

192. Les travaux préparatoires et la rédaction elle-même de l'art. 346 du BGB., loin de trancher la question, ont provoqué la controverse.

L'argument historique tiré des travaux préparatoires n'a pas grande valeur, car il peut être invoqué en faveur des deux théories. En effet la première commission consacre la théorie des droits indirects, que la deuxième n'adopte pas. Pourtant cette deuxième commission ne prend pas nettement position ; elle adopte un texte habile qui élude la question au lieu de la trancher, laissant ce soin à la doctrine et à la jurisprudence. Si l'argument historique ne prouve rien il n'en est pas moins vrai que la théorie des effets directs est à la fois plus juste et plus juridique. Nous avons déjà exposé les arguments en sa faveur (1).

D'ailleurs il me semble qu'il y a un malentendu à la base de cette controverse (2). La première commission et les partisans de la théorie des effets indirects ont adopté l'idée que la résolution n'éteint pas le contrat mais en paralyse l'exécution par des exceptions ; et ceci précisément pour empêcher que la résolution soit opposable aux tiers. Mais l'accord s'est fait sur les points principaux qui pourraient et devraient séparer les deux théories, car ce résultat peut être obtenu par une voie différente (3). De part et d'autre, quelle que soit la construction juridique adoptée, on admet que la résolution porte seulement sur les rapports obligatoires entre les parties, sans toucher aux droits réels (4). La théorie des droits directs peut très bien expliquer cet effet, sans

(1) Voir *supra*, n° 190.

(2) SALEILLES, *op. cit.*, p. 347.

(3) Voir *infra*, n°s 219 s.

(4) PLANCK, p. 127 ; ENDEMANN, p. 659 ; etc...

renoncer pourtant à l'idée que la résolution anéantit le contrat (1).

De même et quelle que soit la théorie adoptée, on est d'accord pour admettre que la résolution oblige les parties à la restitution des prestations reçues selon l'art. 346 BGB.

Dès lors on ne voit plus bien l'intérêt de la discussion, ainsi que la raison de l'opposition entre les deux théories, puisqu'il y a accord sur les points principaux.

193. Elles présentent cependant un certain nombre de différences pratiques. a) Les parties peuvent rétablir le contrat antérieur par renonciation réciproque aux exceptions. Mais si la résolution opère une extinction *ex tunc et ipso jure* du contrat, un nouvel accord de volonté est nécessaire pour le remettre en vigueur. b) Dans la théorie des effets indirects, la restitution ne peut pas s'effectuer selon le principe de l'enrichissement sans cause (art. 812 BGB.). Selon l'opinion dominante la restitution doit se faire conformément à l'art. 346 du BGB. ou selon l'art. 812 du BGB. c) Enfin, si une des obligations était garantie par un gage, d'après la théorie dominante, celui-ci disparaît *ipso jure*. Pour le rétablir il faut un nouveau contrat et un nouveau consentement. Dans la théorie des effets indirects, la résolution ne s'oppose pas au maintien du gage.

(1) Voir *infra*, n° 222.

TITRE PREMIER

DES EFFETS DE LA RÉSOLUTION DANS LE BGB.

Le présent titre sera divisé en trois chapitres :

1. Dans le premier chapitre nous étudierons les effets de la résolution entre les parties.

2. Dans le deuxième chapitre nous exposerons certaines hypothèses où la résolution n'aboutit pas à remettre les parties dans la situation antérieure au contrat.

3. Le troisième chapitre sera consacré à la question de savoir si les effets de la résolution sont opposables aux tiers.

Le premier chapitre sera lui-même divisé en plusieurs sections :

1. Le premier point à discuter est celui de savoir si la résolution opère en droit allemand la dissolution rétroactive du contrat.

2. Les parties doivent se restituer les prestations reçues en exécution du contrat résolu. Cette restitution peut avoir lieu en nature ou par équivalent.

3. Nous consacrerons la troisième section à l'étude de l'obligation de restitution lorsqu'elle porte sur les fruits et les impens.

4. La dernière section sera consacrée à la manière dont s'effectue la restitution lorsqu'elle est réciproque.

CHAPITRE PREMIER
DES EFFETS DE LA RÉSOLUTION
ENTRE LES PARTIES

SECTION PREMIÈRE
DE L'EXTINCTION DU CONTRAT

194. Dans le BGB. la résolution est placée dans la deuxième section du deuxième livre consacrée « aux rapports d'obligation ayant leur source dans un contrat », alors que sa place paraît être dans la troisième section, consacrée à l'extinction des rapports d'obligation. Cela tient aux idées de la première commission d'après lesquelles la résolution ne détruit pas le rapport d'obligation, mais paralyse son exécution au moyen de simples exceptions (1). Dès lors, il a paru logique à la première commission de ne pas faire figurer la résolution dans la section consacrée à l'extinction du rapport d'obligation. La deuxième commission ne voulant pas se prononcer (2) n'a pas non plus placé la résolution dans la troisième section, car c'eût été prendre parti

(1) *Motifs*, II, p. 280.

(2) *Protokolle*, I, p. 787.

et reconnaître qu'elle opère l'extinction du rapport d'obligation.

195. La résolution opère-t-elle la dissolution du contrat ?

Une fois cette question résolue, il nous sera plus facile de préciser les effets de la résolution, et de dire si l'extinction se produit *ex tunc* ou *ex nunc*.

La majorité de la doctrine (1) est d'avis que la résolution anéantit le contrat. La jurisprudence est établie dans le même sens. Les décisions sont rares ; pourtant la Cour Suprême a eu à prendre position (2). Elle a décidé que (3) : « Une fois que la résolution a été déclarée le contrat a été éteint, et le défendeur ne peut plus rétablir le contrat en renonçant unilatéralement au droit de résolution qui a déjà produit ses effets. Pour cela l'accord de volonté des deux parties était nécessaire ». C'est une des rares décisions qui se prononcent directement sur le sort du contrat.

Dans plusieurs autres décisions, le Reichsgericht se prononce dans le même sens, mais d'une manière indirecte, implicite (4). Pourtant le fait que la résolution anéantit rétroactivement et *ipso jure* le contrat semble être un point acquis pour le droit allemand. Pour faire revivre le contrat un nouvel accord de volonté est nécessaire (5).

Donc, aux caractères généraux de la résolution déjà indiqués, nous devons ajouter le caractère rétroactif ; grâce à lui le contrat cesse de produire ses effets non seulement pour l'avenir, mais aussi pour le passé. La rétroactivité de la résolution est indépendante de son caractère réel qui la rend opposable aux tiers. Il en est ainsi d'ailleurs dans le droit allemand où la résolution est rétroactive, sans avoir pourtant d'effet contre les tiers.

(1) Voir *supra*, n° 190 ; STAUDINGER, p. 535 ; etc...

(2) R. G. Z., Bd. 107, p. 345.

(3) R. G. in L. Z., 1911, Sp. 698.

(4) R. G. Z., Bd. 50, p. 266 ; R. G. Z., Bd. 66, p. 432 ; R. G. in J. W., 1908, p. 479.

(5) R. G. Z., Bd. 66, p. 430 ; R. G. in J. W., 1907, p. 826 ; J. W., 1908, p. 479.

SECTION II

DE LA RESTITUTION DES PRESTATIONS REÇUES

§ 1^{er}. — De la restitution en nature

196. La résolution opérant l'extinction du contrat, les prestations déjà effectuées en exécution du contrat manquent de cause juridique. Donc une seconde conséquence de la résolution est d'obliger les parties à se restituer réciproquement les prestations déjà fournies, car le principe veut que la résolution remette les parties dans l'état où elles auraient été s'il n'y avait pas eu de contrat (1).

Enfin aucune des parties ne peut forcer l'autre à exécuter le contrat, car celui-ci n'existe plus. On peut supposer que le contrat a été résolu avant qu'aucune des parties ne l'ait exécuté, ni intégralement, ni partiellement.

Il n'est pas douteux que dans cette hypothèse le seul effet de la résolution sera de décharger les parties pour l'avenir de leurs obligations. Ici, la résolution coïncide dans ses effets avec la résiliation. Elle concerne le rapport contractuel pour l'avenir et ne touche pas au passé. Mais cela tient uniquement à ce que le contrat n'a fait dans ce cas l'objet d'aucune exécution dans le passé.

197. Le principe de la restitution est simple. Il s'applique à tout ce qu'une partie a reçu de son co-contractant.

La déclaration de résolution, tout en éteignant le contrat, fait naître entre les parties un nouveau rapport juridique. La doctrine (2) et la jurisprudence (3) sont d'accord sur ce point. Le nouveau rapport juridique n'est pas contractuel ;

(1) *Motifs*, II, pp. 280-282.

(2) STAUDINGER, p. 614 ; MICHAELIS, p. 589.

(3) R. G. Z., Bd. 71, p. 277 ; H. R. R., 1931, p. 925.

il naît *ex lege*. C'est pourquoi le lieu de la restitution n'est pas celui de l'exécution du contrat. La restitution des prestations doit se faire là où l'objet de ces prestations se trouve au moment de la résolution (1). Par conséquent, celles-ci ne doivent plus être remises à l'endroit où elles l'ont été au moment de l'exécution du contrat.

198. On s'est demandé s'il fallait faire appel au principe de l'enrichissement sans cause pour déterminer le contenu de l'obligation de restituer. On s'accorde en doctrine et en jurisprudence pour ne pas appliquer dans ce cas l'art. 812 du BGB. relatif à l'enrichissement sans cause. D'ailleurs les rédacteurs en avaient déjà décidé ainsi. Au lieu de renvoyer à l'art. 812, le BGB. dispose dans l'art. 346 que « lorsque dans un contrat une des parties s'est réservé le droit de résolution, les parties sont obligées, si la résolution a lieu, de se procurer à nouveau par voie de restitutions réciproques les prestations qu'elles avaient reçues »...

Donc la restitution porte non seulement sur le montant de l'enrichissement réalisé grâce à la prestation reçue, mais sur la prestation elle-même. La jurisprudence aussi est en ce sens (2). Une des parties ne pourra se refuser à restituer la prestation reçue en alléguant que, par suite d'un événement quelconque, elle ne se trouve plus enrichie. Elle ne pourra pas invoquer les prescriptions de l'art. 818 al. 3, car toutes les dispositions concernant l'enrichissement sans cause sont écartées par celles de l'art. 346 du BGB.

199. En principe donc, l'obligation de restitution née de la résolution porte sur la prestation elle-même et ne se fait pas suivant les principes de l'enrichissement sans cause.

Pourtant cette règle présente des exceptions. Ainsi l'art. 327 du BGB. décide que « si la résolution a lieu à rai-

(1) Spécialement pour la résolution par l'action rédhibitoire, R. G. Z., Bd. 55, p. 113 ; Bd. 57, p. 15.

(2) R. G. Z., Bd. 50, p. 266 ; Bd. 66, p. 68 ; Bd. 71, p. 277 ; etc..

son d'une circonstance dont l'autre partie n'ait pas à répondre, cette dernière n'est tenue que conformément aux dispositions sur la restitution pour enrichissement sans cause ».

L'interprétation de cet article a soulevé beaucoup de difficultés. Au premier abord, il semble être le résultat d'une négligence, car on ne peut pas concevoir comment la résolution pourrait avoir lieu, par suite d'une circonstance dont le débiteur n'ait pas à répondre. L'art. 325 du BGB. admet la résolution précisément pour une impossibilité d'exécution dont le débiteur est responsable (1), car si l'impossibilité d'exécution provient d'une cause étrangère à la volonté du débiteur le problème en jeu est celui des risques distingué nettement par le BGB. de celui de la résolution. L'art. 326 du BGB. suppose aussi une inexécution imputable au débiteur (2). Enfin la résolution, intervenant à raison de la « Positive Vertragsverletzung » du (3) débiteur, suppose nécessairement une inexécution dont le débiteur est responsable. Généralement et nécessairement la résolution suppose l'inexécution dont le débiteur est responsable. Ceci constitue une des différences au moins apparentes entre les droits allemands et français. Car en droit français toute inexécution, même provenant d'un cas fortuit, peut justifier l'application de l'art. 1184 C. Civ. (4). Pourtant la jurisprudence fait certaines discriminations prouvant qu'elle distingue tout de même la résolution de la théorie des risques (5). Au contraire le droit allemand, très minutieux, parle d'une inexécution fautive du débiteur chaque fois qu'il accorde au créancier le droit de résolution.

En droit allemand, quand l'inexécution provient non de la faute du débiteur, mais d'un cas fortuit, le problème qui

(1) Voir *supra*, n° 60.

(2) Voir *supra*, n° 77 s.

(3) Voir *supra*, n° 140.

(4) Voir LEPELTIER, th. cit., p. 187.

(5) Voir CASSIN, *Cours doctorat*, 1934-1935, pp. 380 s.

se pose est celui des risques. Et nous connaissons les solutions de l'art. 323 BGB. à ce sujet (1). La restitution faite conformément à la théorie des risques s'opère suivant les règles de l'enrichissement sans cause. Aussi nous sommes plutôt enclin à croire que l'art. 327 al. 2 fait double emploi avec l'art. 323 ; ces articles exigeant tous deux que l'inexécution soit provoquée par un cas fortuit et non par la faute du débiteur. Enfin, dans cette hypothèse, les deux articles ordonnent une restitution conforme aux règles de l'enrichissement sans cause. Mais ce point de vue n'est formulé par aucun auteur allemand.

Pour tourner la difficulté que nous avons signalée, on a eu recours à une interprétation extensive qui par son ampleur était destinée à bouleverser le système tout entier. Conformément à cette interprétation (2), le terme de « l'autre partie » employé par l'art. 327 désigne non l'adversaire de l'ayant-droit à résolution (donc le débiteur) mais toute partie obligée de restituer une prestation reçue. Donc l'article 327 se réfère non seulement à l'obligation de restitution du débiteur, mais à celle de toute partie contractante qui n'est pas responsable de l'arrivée de la résolution. Or il est certain que dans tout contrat, en principe, une seule partie est responsable de la résolution du fait de son inexécution : c'est le débiteur. La partie qui déclare la résolution ne fait qu'user d'un droit mis à sa disposition par la loi, en raison de l'inexécution fautive du débiteur. Dans ce cas le créancier devrait toujours jouir du bénéfice de l'art. 327 BGB., puisque la résolution est due à une circonstance dont il n'a pas à répondre. Donc, suivant cette première opinion, le créancier devrait être considéré comme restituant toujours selon les principes de l'enrichissement sans cause, tandis que le débiteur restitue suivant la règle

(1) Voir *supra*, n^{os} 62 s.

(2) MICHAELIS, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts*, pp. 567-568,

de l'article 346 du BGB. Cette différence de traitement de l'ayant-droit à la résolution et du débiteur résulterait de leur attitude respective : de bonne foi du créancier, la faute du débiteur. Ceci aboutirait à faire une discrimination entre les parties contractantes d'après leur attitude et leur responsabilité. Elle serait une revanche en quelque sorte sur un système n'admettant pas qu'on puisse exiger réparation d'un débiteur coupable d'avoir provoqué la résolution par son inexécution.

Mais cette interprétation n'est pas admise par la doctrine. Les termes de la loi « si la résolution a lieu en raison d'une circonstance dont l'autre partie n'ait pas à répondre... » sont ambigus. Il est tout de même plus probable que par « l'autre partie » ils désignent la partie n'ayant pas exécuté. La doctrine a réussi à découvrir certains cas exceptionnels où la résolution peut avoir lieu, même sans que le débiteur soit responsable de l'inexécution.

Conformément à l'art. 283, le créancier qui a obtenu contre le débiteur un jugement passé en force de chose jugée peut lui fixer un délai pour l'exécution (1). Celui-ci une fois expiré le créancier peut déclarer la résolution.

Mais si au cours du délai la prestation devient temporairement impossible à la fin du délai, les art. 283 et 325 s'appliquent. Le créancier peut déclarer la résolution, qui provient cependant d'une circonstance dont le débiteur n'est pas responsable (2). Dans cette hypothèse spéciale c'est l'art. 327 BGB. qui s'applique : le débiteur procède à la restitution suivant les règles de l'enrichissement sans cause. L'impossibilité temporaire et fortuite permet la résolution quoique le débiteur ne soit pas responsable. Mais les auteurs veulent n'appliquer cette solution que dans l'hypothèse d'une impossibilité passagère et non définitive. La loi

(1) Voir *supra*, n° 71 s.

(2) STAUDINGER, pp. 323-324. p. 536 ; STAUDINGER, p. 636 ; STAMMLER, *Schuldverhältnisse*, p. 144 ; WARNEYER, p. 657 ; PLANK-SIEBER, pp. 162, 155,

ne fait pas cette distinction. D'ailleurs elle ne cadre pas avec le système allemand, car, ou le débiteur n'est pas responsable de l'impossibilité et alors il est libéré conformément à la théorie des risques, ou il est responsable de l'inexécution à l'expiration du délai et alors la résolution s'applique. Enfin la jurisprudence (1), dans les rares occasions qu'elle a eues de se prononcer, invoque aussi l'argument tiré de la différence entre l'impossibilité temporaire et l'impossibilité définitive. Mais elle fonde surtout sa solution sur l'interprétation de la volonté présumée des parties.

Un second cas de ce genre (art. 327 al. 2) est prévu suivant la doctrine par l'art. 636 du BGB. Cet article dispose que : « lorsque l'ouvrage, en totalité ou en partie, n'est pas confectionné au temps fixé, les dispositions de l'art. 634 alinéas 1 à 3 concernant la réhabilitation reçoivent application correspondante ; au lieu de la prétention à la réhabilitation l'auteur de la commande a le droit de résilier le contrat conformément à l'art. 327 ».

Si l'entrepreneur, en raison d'une circonstance dont il n'est pas responsable, n'achève pas l'ouvrage au terme convenu, l'auteur de la commande peut résoudre le contrat. Mais dans ce cas l'entrepreneur opérera la restitution selon la règle indiquée à l'art. 327 (2). Bien qu'elle ne soit pas décisive cette opinion semble être acceptée par la plupart des auteurs (3). La jurisprudence ne semble pas à notre connaissance avoir eu à se prononcer sur la question.

200. Dans les hypothèses spéciales où l'art. 327 du BGB. est applicable, le débiteur opère la restitution suivant le principe de l'enrichissement sans cause et non suivant la règle de l'art. 346 du BGB. Pourtant, dans les deux hypo-

(1) R. G. in J. W., Bd. 1924, p. 463.

(2) STAUDINGER, p. 536.

(3) STAUDINGER, p. 537 ; WARNEYER, art. 327, note 8 ; PLANCK, art. 327, Bem. 2.

thèses, le débiteur est obligé à la restitution des prestations reçues (art. 812 du BGB.). Il doit dans les deux cas restituer les fruits perçus et l'indemnité obtenue « pour la destruction, la détérioration ou la soustraction de l'objet qu'il a acquis » (art. 818 BGB.). Mais ici apparaît une des différences existant entre les deux modes de restitution. Le débiteur d'un contrat résolu, qui restitue selon les art. 347 et 987 al. 2, doit répondre aussi des fruits qu'il n'a pas perçus, mais qu'il aurait dû percevoir dans une économie normale. Au contraire, le débiteur auquel s'applique l'art. 327 du BGB. bénéficie d'une faveur. Conformément à l'article 818 du BGB. il restitue seulement les fruits qu'il a effectivement perçus (1).

Enfin, la principale différence entre les deux modes de restitution se manifeste dans les cas où la restitution en nature devient impossible. Le débiteur auquel s'applique l'art 347 doit, conformément à l'art. 989, restituer non seulement la valeur de la prestation reçue, mais aussi réparer le dommage causé au créancier par l'impossibilité de restitution en nature (2). Dans cette hypothèse, qui est la plus courante en matière de résolution, l'obligation de restitution, combinée avec celle de réparation du dommage (résultant de l'impossibilité de restitution en nature) prend une forme très grave. Au contraire, au cas de l'art. 327, lorsque la restitution en nature est impossible, le débiteur est obligé, selon l'art. 818 al. 3, d'en restituer la valeur seulement dans la mesure où il se trouve enrichi (3). On voit nettement la différence de traitement entre les deux genres de restitution. Mais comme nous l'avons déjà vu la restitution selon les principes de l'enrichissement sans cause est d'une application extrêmement rare.

(1) STAUDINGER, p. 537.

(2) STAUDINGER, p. 537.

(3) STAUDINGER, p. 537.

§ 2. — De la restitution par équivalent

201. Normalement la restitution qu'entraîne la résolution doit s'effectuer en nature. Les parties doivent se restituer les prestations qu'elles ont effectuées en vertu du contrat. Cette solution est consacrée par la doctrine (1) et par la jurisprudence (2). Mais l'obligation à la restitution découlant de la résolution est personnelle et non réelle. Les prescriptions de l'art. 346 sont supplétives. Les parties ont la liberté d'en décider autrement. Ainsi elles peuvent stipuler que l'obligation de restituer aura un caractère réel (3). La Cour Suprême (4) a validé un contrat où les parties avaient stipulé que même les transferts de propriété faits sur la base du contrat tomberaient par la déclaration de résolution.

A cette liberté des parties touchant les effets de la résolution il y a une seule exception. Elle se réfère à la vente à tempérament (*Abzahlungsgeschäfte*). La restitution, entraînée par l'exercice de la résolution d'une vente à tempérament, doit s'étendre à tout ce qui a été fourni par chaque contractant. Toute clause contraire est nulle (5).

L'obligation à la restitution, quoique devant s'effectuer en nature, et aboutissant à la restitution de la prestation même, est personnelle. Donc elle ne confère à son créancier aucun des avantages et droits que fournit une obligation réelle.

Pour le moment nous devons nous demander comment la restitution sera réalisée lorsqu'il est impossible de l'effectuer en nature.

Car la restitution n'est pas toujours susceptible d'être effectuée en nature. Cela peut tenir à des causes diverses.

(1) STAUDINGER, p. 609.

(2) R. G. Z., Bd. 50, p. 266 ; Bd. 66, p. 68 ; Bd. 71, p. 277 ; R. G. in R. O. L. G., Bd. 40, p. 289 ; etc...

(3) PLANCK, art. 346, ; STAUDINGER, 609.

(4) R. G. in L. Z., 1920, Sp. 824.

(5) STAUDINGER, p. 615.

D'abord à la nature de la prestation. Une prestation contractuelle qui consiste dans un *facere* ou *non facere* n'est pas susceptible de restitution en nature. En principe seules les prestations consistant dans un *dare* peuvent être restituées en nature. Mais l'application de ce principe n'est ni absolu ni général.

En effet, dans plusieurs hypothèses, et bien que la prestation contractuelle ait porté sur un corps certain, la restitution n'est plus possible. Ainsi la restitution en nature ne peut avoir lieu quand le bien sujet à restitution n'est plus susceptible d'être individualisé.

Ensuite, le bien, objet de la restitution, peut avoir péri dans le patrimoine de l'acquéreur, et cela soit par force majeure, soit par la faute même de l'acheteur. Enfin on doit envisager le cas où le bien est sorti du patrimoine de l'acheteur pour rentrer dans celui d'un tiers. Quand le bien est meuble et que le sous-acquéreur est de bonne foi, toute poursuite sera impossible du moment que la tradition a été faite. Le tiers acquéreur sera suffisamment protégé contre toute poursuite par l'effet personnel de la résolution et par la règle de l'art. 936 BGB. qui dispose « quand la chose aliénée est grevée du droit d'un tiers, ce droit s'éteint avec l'acquisition de la propriété... ».

De même, l'obligation de restituer ne pourra atteindre le tiers sous-acquéreur de l'immeuble vendu au contrat. Une fois l'inscription opérée dans le livre foncier conformément à l'art. 925 du BGB. le tiers sous-acquéreur sera à l'abri de toute poursuite. L'obligation à la restitution ne peut pas entamer son droit de propriété bien qu'il porte sur l'objet même vendu par le contrat résolu. Ces deux dernières hypothèses spéciales concernant la situation des tiers sous-acquéreurs seront étudiées dans le troisième chapitre (1).

Quand l'impossibilité de restituer en nature résulte de la prestation elle-même, les solutions que les législateurs alle-

(1) Voir *infra*, n^o 215 s.

mands ont consacrées leur sont apparues comme un pis-aller. Mais selon eux ce problème se rattache plutôt à la responsabilité si l'impossibilité de restitution en nature vient de ce que la chose a été détruite ou aliénée par l'acquéreur. Si l'impossibilité de restitution en nature est due à la nature de l'objet ou de l'obligation, les parties doivent se restituer la valeur ; la règle est édictée par l'art. 346 BGB. Mais si l'impossibilité de restitution provient de la détérioration, perte ou impossibilité, *la réparation du dommage* en résultant « doit, au cas de résolution, se régler à partir de la réception de la prestation, conformément aux dispositions applicables dans les rapports entre propriétaire et possesseur à partir du moment où il y a litispendance en matière de revendication ». Cette règle est édictée par l'art. 347 BGB. La distinction qu'on fait entre les deux hypothèses de restitution est propre au droit allemand. Le droit français ne la connaît pas. Il applique la même solution (1) dans les deux cas.

202. L'art. 346 al. 2 du BGB. décide que : « Si la prestation consistait en services qui aient été fournis, ou dans l'abandon de la jouissance d'une chose, on doit procéder par voie d'équivalent ou en remboursant la valeur, ou dans le cas qu'une contre-prestation en argent a été fixée dans le contrat, en s'acquittant de cette contre-prestation, elle-même ».

La formule du BGB est ambiguë. Au premier abord elle pourrait laisser croire que dans le droit allemand l'obligation à restitution intégrale existe même pour les contrats à exécution continue. Dès lors il semble que le système allemand ne distingue pas les contrats à exécution instantanée de ceux à exécution continue, ni la résiliation de la résolution. Les termes de l'art. 346 pourraient laisser croire que le droit allemand applique les règles de la résolution et

(1) LEPELTIER, th. cit., p. 319.

de la restitution intégrale des prestations à tous les contrats dont l'objet consiste dans l'abandon de la jouissance d'une chose ou dans la prestation de services même s'ils comportent une exécution continue. Mais, même si la formule de l'art. 346 prête à confusion, nous pouvons affirmer dès maintenant que le droit allemand connaît la résiliation comme règle générale et légale pour les contrats à exécution continue, périodique ou successive (1).

203. Mais les termes de l'art. 346 du BGB. ont provoqué aussi d'autres difficultés. Pour les prestations prévues à l'art. 346 al. 2 on procède à restitution par voie d'équivalent (2).

Les prestations consistant en des services fournis et dans l'abandon de la jouissance d'une chose ne sont pas les seules à ne pas être susceptibles d'une restitution en nature de par leur essence propre. On peut très bien en imaginer d'autres. Ainsi livraison périodique de choses consommables *primo usu*. Par exemple la livraison annuelle de la récolte d'un cru quelconque n'est plus susceptible d'être restituée en nature après consommation.

Eu égard aux termes de l'art. 346 qui vise seulement de la prestation de service et de l'abandon de la jouissance d'une chose, on s'est demandé s'il contient l'énonciation imparfaite d'un principe général ou au contraire seulement une énumération limitative des cas où la restitution par équivalent est permise. La doctrine est pour l'interprétation extensive. Les auteurs (3) sont d'accord pour reconnaître dans l'art. 346 du BGB. un principe général selon lequel la restitution par équivalent doit se faire chaque fois qu'en raison du caractère des prestations leur restitution en nature n'est pas possible.

(1) Pour les détails nous renvoyons au II^e titre, *infra*, n^o 223.

(2) R. G. Z., Bd. 138, p. 33.

(3) SOERGEL, p. 668 ; WARNEYER, p. 687 ; STAUDINGER, p. 616 ; etc...

La jurisprudence se trouve établie dans le même sens (1). Le Reichsgericht, qui a eu à se prononcer à plusieurs reprises sur la question, a reconnu (2) d'une manière formelle que le BGB. n'a pas réglé cette question d'une manière générale et « expresse ». Mais elle a reconnu une portée générale au principe énoncé par l'art. 346. D'ailleurs cette extension n'est pas seulement commandée par les circonstances, mais elle est la seule solution possible.

204. Comme nous l'avons déjà indiqué, le BGB. traite de l'impossibilité de restitution en nature comme d'une hypothèse spéciale distincte de la précédente.

Cette fois l'objet de la prestation est, de par son caractère, susceptible de restitution en nature. Mais la restitution en nature ne peut pas s'effectuer à cause de la perte, de la détérioration, ou de l'impossibilité qui frappe l'objet de la prestation. Dans ce cas, le BGB. ne parle plus d'une restitution par équivalent, mais d'une réparation du dommage provenant de l'impossibilité de restitution. L'art. 347 BGB. déclare que : « La prétention à réparation de dommage pour détérioration, perte ou impossibilité de restitution provenant de toute autre cause, doit, en cas de résolution, se régler à partir de la réception de la prestation, conformément aux dispositions applicables dans les rapports entre propriétaire et possesseur à partir du moment où il y a litispendance en matière de revendication. Il en est de même de la prétention à restitution ou à rémunération de profits et de celle ayant pour objet le remboursement d'impenses. S'il s'agit d'une somme d'argent, elle doit produire intérêts à partir de la réception ».

La solution du problème de la restitution est simple quand la prestation se trouve inchangée dans le patrimoine

(1) R. G. in J. W., 1911, p. 756; GRUCHOTS B., Bd. 56, p. 113; R. G. in Recht, n° 2045; WARN Rsp., 1914, p. 71; WARN Rsp. 1914, p. 45; etc...

(2) R. G. in Recht 1914, n° 2045.

de l'acquéreur par contrat, au moment de l'exercice de la résolution. Dans ce cas, il est obligé de la restituer telle qu'il l'a reçue. Le problème se complique quand l'objet de la prestation a été détérioré, perdu ou détruit.

Dans cette hypothèse, l'art. 347 n'oblige plus à une restitution par équivalent, comme dans la situation précédente réglée par l'art. 346. L'art. 347 traite de la réparation du dommage causé par l'impossibilité d'exécution en nature.

Il paraît exister une contradiction entre l'art. 347 et l'art. 351 BGB. qui décide que « la résolution est exclue lorsque l'ayant-droit, par sa faute, a causé une détérioration essentielle, la perte ou toute autre impossibilité de restitution de l'objet reçu... »

Cette antinomie — réelle d'ailleurs — s'explique. La détérioration ou la destruction de l'objet sujet à restitution en cas de résolution produit des effets différents, suivant qu'elle a été provoquée par l'ayant-droit à la résolution ou par le débiteur.

Si c'est le créancier qui l'a causée, l'art. 351 le prive du droit de déclarer la résolution, car celui qui déclare la résolution doit être en état de satisfaire aux obligations qu'elle fait naître. Le créancier qui se met dans l'impossibilité de restituer ce qu'il a reçu de son débiteur rend impossibles les effets normaux de la résolution. Entre le fait de déclarer la résolution et celui de ne pouvoir accomplir les obligations qu'elle impose, il y a une contradiction. C'est pourquoi l'art. 351 prive dans ce cas le créancier du droit de déclarer la résolution. D'ailleurs, le fait d'être en état d'effectuer la restitution normale constitue, comme nous l'avons vu, une des conditions spéciales que doit remplir le créancier, s'il désire recourir à la résolution (1).

Donc, le créancier qui détériore ou détruit l'objet, qu'il devra restituer au cas de résolution perd le droit de la déclarer. L'art. 347 ne lui est applicable que dans un cas.

(1) Voir *supra*, n^{os} 144 s.

C'est celui où l'ayant-droit détruit ou détériore la chose après avoir déclaré la résolution. Il répondra alors de l'impossibilité de restituer dans les termes de l'art. 347.

Au contraire, pour le débiteur, on ne fait aucune distinction. Il répondra toujours de l'impossibilité de restitution dans les termes de l'art. 347.

205. La prétention à la réparation du dommage causé par l'impossibilité de restitution s'établit dans l'hypothèse de la résolution d'après le rapport entre propriétaire et possesseur à partir du moment où il y a litispendance en matière de revendication. Les termes de l'art. 347 pourraient laisser croire que seul le débiteur répond comme un possesseur de mauvaise foi. La question est discutée en doctrine. Pourtant, la majorité (1) tend à appliquer la même règle à l'ayant-droit à résolution. D'ailleurs, il faut remarquer que l'ayant-droit à résolution qui, après la déclaration, rend impossible la restitution, n'est pas digne d'une protection spéciale.

Pour déterminer l'obligation de réparer le dommage provoqué par l'impossibilité de restitution, l'art. 347 prend comme critère les règles gouvernant les rapports du propriétaire et du possesseur à partir du moment où il y a litispendance de l'action en revendication. Donc, d'après l'art. 347, l'art. 989 est applicable à notre hypothèse. L'art. 989 dispose que « le possesseur répond envers le propriétaire, à partir de l'introduction de l'instance, du dommage résultant de ce que, par sa faute, la chose est détériorée ou perdue, ou, pour toute autre raison, ne peut lui être restituée ». Donc, dans l'hypothèse d'une restitution entraînée par la résolution, chaque partie répond envers l'autre, en cas d'impossibilité de restitution, comme un possesseur de mauvaise foi.

(1) OERTMANN, p. 344 ; SCHOLMEYER, p. 259 ; WARNEYER, p. 688 ; STAUDINGER, pp. 616 s.

Ce principe admet certaines exceptions. Car l'introduction de l'instance n'a pas pour effet de rendre tout possesseur de mauvaise foi (1). Ainsi, le possesseur de bonne foi est tenu de la restitution des fruits perçus, après l'introduction de l'instance, seulement quand il est coupable. C'est-à-dire que les parties seront dispensées de la restitution en nature chaque fois qu'elles ne seront pas responsables de l'impossibilité où elles sont de le faire (2). Mais d'après le principe chaque partie répond envers l'autre de la détérioration, perte, destruction, ou de toute impossibilité de restituer, comme un possesseur de mauvaise foi.

L'étendue de cette responsabilité n'est pas délimitée d'après celle de la prestation elle-même. Dans notre hypothèse, chaque partie répond envers l'autre d'une obligation plus lourde. Une partie peut subir, à cause de l'impossibilité de restitution, un dommage qui dépasse la valeur de l'objet de la prestation. Or, conformément aux art. 347 et 989, chaque partie est obligée de réparer le dommage résultant de l'impossibilité de restitution « sans se préoccuper de savoir si ce dommage est égal à la valeur de la prestation (3), ou la dépasse ».

D'ailleurs, c'est dans le fait que l'obligation peut être étendue que réside la différence entre la restitution suivant les principes de l'enrichissement sans cause, celle des art. 346, 347 et 989. Les parties restituent non seulement ce dont elles se trouvent enrichies (art. 812 al. 3), mais la valeur de la prestation reçue. Dans notre hypothèse, les parties doivent même réparer le dommage que l'autre partie subit du fait de l'impossibilité de restitution. Dans la majorité des cas, le dommage sera égal à la valeur de la prestation. Mais, dans certains cas, il pourra la dépasser.

Le montant de la réparation se détermine non d'une

(1) R. G. Z., Bd. 3, p. 201 ; SEUFF A., Bd. 46, n° 4 ; STAUDINGER, p. 591.

(2) STAUDINGER, Bd. III, Teil. I, p. 591.

(3) STAUDINGER, Bd. III, Teil. I, p. 594.

manière objective d'après la valeur de la prestation détruite, mais d'une manière subjective d'après le dommage subi par l'autre partie.

206. L'art. 989 exige pour son application que la chose ait été détériorée ou détruite par la faute de la partie obligée à restitution (1). Une simple détérioration non fautive ne suffit pas. Mais quand on a voulu préciser quelle devait être la notion de faute dont il s'agit ici, on s'est heurté à des difficultés insurmontables qui ont divisé profondément la doctrine. L'obligation de restituer les prestations reçues ne peut naître qu'après l'exercice de la résolution. Dès lors, on ne peut dire qu'il existe auparavant une obligation de préserver la chose en vue d'une restitution éventuelle. Il n'y a pas faute dans l'exécution d'une obligation, du moment qu'il n'y a même pas d'obligation.

« Cependant, celui qui a reçu la chose en vertu d'un contrat où le droit de résolution était réservé doit, dès le début, avoir en vue la survenance possible de la résolution » (2). Il se trouve dans la situation du possesseur de bonne foi qui, à partir de la litispendance, en matière de revendication, est dans la possession d'une chose qui ne lui appartient pas. De même que le possesseur doit envisager la possibilité d'être condamné à restituer la chose, de même celui qui a reçu une chose en vertu d'un contrat conclu avec clause résolutoire doit compter sur l'arrivée possible de la résolution. Il doit donc traiter l'objet de la prestation de manière à ce qu'il puisse éventuellement le restituer (3). S'il ne le fait pas, la loi le considère comme coupable et l'oblige à la réparation du dommage résultant de l'impossibilité de restitution. Le raisonnement est valable tant qu'il s'agit de la résolution contractuelle. Mais il ne faut pas

(1) Art. 989. STAUDINGER, Bd. III, Teil. I, p. 594.

(2) STAUDINGER, p. 617.

(3) Motive II, p. 282.

oublier que l'art. 347 prescrit l'application des mêmes règles à la résolution légale (1).

A partir de quel moment les parties sont-elles responsables aux termes des art. 347 et 989, dans l'hypothèse de la résolution légale ? Le raisonnement s'appliquant à la résolution contractuelle n'est évidemment plus valable pour la résolution légale. On pourrait voir une certaine contradiction dans l'attitude du débiteur qui reçoit la prestation du créancier, mais qui n'exécute pas la sienne. Mais on ne peut pas obliger la partie qui a reçu une prestation à avoir constamment en vue l'exercice éventuel de la résolution et à se comporter de telle manière qu'elle puisse toujours être prête à rendre sa prestation. L'art. 347 a été rédigé seulement pour la résolution contractuelle. C'est seulement dans cette hypothèse que le débiteur a dû compter, dès la réception de la prestation possible, sur l'exercice de la résolution, s'il n'a pas exécuté ses engagements contractuels (3). L'extension de cette règle à la résolution légale est illogique, car on ne peut pas obliger les parties à envisager une restitution éventuelle dès la réception de la prestation. Ce serait enlever au contrat toute valeur juridique et économique. Car on obligerait chaque partie à se comporter comme un simple possesseur, bien qu'elle devienne propriétaire dès la réception, conformément au contrat. La crainte de ne pouvoir exécuter la restitution par suite d'une résolution éventuelle paralyserait toute action juridique et économique des parties et les figerait dans une attente continuelle.

Cette solution serait, non seulement incommode, mais aussi inéquitable. Il est en principe injuste de considérer quelqu'un comme responsable de l'inexécution d'une obligation alors que l'obligation n'existe pas encore. Avant la naissance de l'obligation de restitution, donc avant l'exer-

(1) R. G. Z., Bd. 44, p. 252 ; R. G. in J. W., 1912, p. 288.

(2) Voir *supra*... et O. L. G. in R. O. L. G., Bd. 28, p. 85.

(3) Denkschrift, p. 79 ; Motive, II, 282.

cice de la résolution, il n'y a pas d'obligation de veiller sur la chose en vue d'une éventuelle restitution. Donc, la partie qui, étant propriétaire, a détérioré ou détruit la chose, ne peut pas être rendue responsable rétroactivement de l'impossibilité de restitution et par l'exercice ultérieur de la résolution. La responsabilité due à l'impossibilité de restituer ne peut remonter pour chaque partie qu'au moment où il existait à sa charge une obligation précise de restituer, donc au moment de la déclaration de la résolution.

La règle est encore plus inéquitable pour l'ayant-droit qui, acculé à la résolution par l'attitude du débiteur, sera pourtant responsable, dans les mêmes conditions que le débiteur, de la non restitution, donc comme un possesseur de mauvaise foi, à partir du moment de la réception.

A ces arguments d'ordre général invoqués par les auteurs, nous pouvons en ajouter un autre. Il est difficile de considérer rétroactivement comme étant de mauvaise foi le créancier qui, pour pouvoir déclarer la résolution, doit justement être de bonne foi. Toutes ces objections décisives ont amené une partie de la doctrine (1) qui semble être la majorité à adopter un autre point de vue.

Ces auteurs soutiennent que le moment à partir duquel une partie doit être assimilée à un possesseur vis-à-vis du propriétaire est le moment de la déclaration de la résolution, et non celui de la réception de la prestation. Suivant cette opinion, c'est seulement à partir de la déclaration de résolution que chaque partie est responsable envers l'autre de l'impossibilité de restitution, provenant d'une détérioration ou destruction qu'elle aura causée par sa faute. C'est aussi, semble-t-il, l'opinion de la jurisprudence (2). Au contraire, la partie obligée à restitution ne sera pas responsable de la destruction ou de la diminution de valeur qui aurait frappé la chose même si elle était restée dans la

(1) WARNEYER, p. 688 ; OERTMANN, p. 343 ; PLANCK, p. 456 ; v. TUHR, p. 28 ; KISCH, p. 146 et *Ihr. J.*, Bd. 44, p. 120 ; KRESS, p. 176 ; etc...

(2) R. G. in H. R. R., 1930, p. 771.

possession de la partie qui l'a transmise par le contrat. Mais cette opinion n'est pas unanimement admise.

D'autres auteurs (1) se cantonnent dans une interprétation littérale et font valoir les textes précis des art. 327 et 347. Ils affirment qu'un texte, déclaré applicable expressément par la loi, ne peut pas être écarté quels que soient les motifs invoqués. Ils ajoutent que l'ayant-droit qui veut échapper à cette grave responsabilité, en ce qui concerne l'obligation de restitution n'a qu'à opter pour un autre droit que la loi met à sa disposition. D'après Staudinger (2), si on admet que la responsabilité de l'art. 347 naît seulement avec la déclaration de résolution, on applique les principes généraux de l'enrichissement sans cause et non ceux des art. 346 à 356 déclarés généralement applicables par l'art. 327.

Pour terminer, nous ajouterons que si la détérioration ou la destruction de la chose sujette à restitution a été établie, c'est à la partie obligée de restituer qu'incombe la charge de prouver qu'elle n'est pas responsable de l'impossibilité de restituer (3). C'est l'application normale de l'art. 282.

SECTION III

DE LA RESTITUTION DES FRUITS ET DES IMPENSES

207. Le problème de la restitution soulève une autre question : celle des fruits, si la chose transmise en exécution du contrat est une chose frugifère. Les parties doivent-elles se rendre les biens reçus avec les fruits produits ou au contraire peuvent-ils conserver les fruits ? La solution de ce problème est également fournie par la théorie de la possession. L'art. 347 considère qu'après la résolution les

(1) STAUDINGER, p. 618 ; REBBEIN, p. 250, qui paraît pourtant envisager plutôt la résolution contractuelle.

(2) STAUDINGER, II, p. 618.

(3) R. G. in Seuff A., Bd. 63, n° 221.

parties sont responsables quant à la restitution des fruits, selon les règles applicables au possesseur à partir de la revendication du propriétaire. Or, l'art. 987 décide que « le possesseur doit restituer au propriétaire les profits qu'il a retirés de la chose depuis l'introduction de l'instance ». Si, depuis l'introduction de l'instance, le possesseur a négligé de recueillir des profits qu'il aurait pu percevoir en administrant bien, et qu'il y a eu faute de sa part, il doit en indemniser le propriétaire.

La notion de profit est très large. Elle comprend les fruits ainsi que les avantages que fournit l'usage de la chose ou d'un droit (art. 100 BGB.) (1). La restitution des fruits doit aussi se faire en nature, toutes les fois qu'elle est possible. Dans le cas contraire, on doit en restituer la valeur (2). L'obligation de restituer les fruits suivant la présente règle est plus lourde que l'obligation de restitution selon les principes de l'enrichissement sans cause. La partie qui, après réception de la chose, a omis par sa faute d'en retirer les profits normaux, est responsable envers l'autre partie. Le critérium est objectif. La partie doit rembourser seulement les profits qu'elle aurait dû percevoir selon les règles d'une administration régulière ; il s'agit des *fructus percipiendi*. Il y a là une grande différence avec les règles de l'enrichissement sans cause (3). Dans ce cas, la personne obligée à la restitution doit restituer les fruits non perçus seulement quand elle a omis de le faire, bien qu'elle ait connu l'existence de la résolution. Et, dans ce dernier cas, elle ne doit rien restituer si elle ne se trouve plus enrichie (art. 812, 820 al. 2). Si la prestation consiste dans une somme d'argent, la partie tenue de restituer doit la rendre avec les intérêts à 4 % (art. 246). Ici encore la solution est différente de celle fournie par le principe de

(1) Voir la différence avec 993 dans R. G. in Recht, 1920, n° 2410 : Seuff A., Bd. 75, p. 176.

(2) R. G. Z., Bd. 93, p. 281.

(3) STAUDINGER, Vol. III, p. 591.

l'enrichissement sans cause. Selon ce dernier principe, les intérêts commencent à courir à partir de l'exercice de la résolution (820 al. 2). Ces solutions dans leur ensemble sont analogues à celles du droit français (1). Avec la réserve que l'obligation de restituer les fruits ne s'étend pas en droit français aux *fructus percipiendi*.

208. Avant de terminer, il nous reste à étudier un dernier point rentrant dans le problème de la restitution. Les biens soumis à restitution du fait de la résolution, sont restés pendant un certain temps en possession de celui qui les a reçus en exécution du contrat. Celui-ci a pu pendant cet intervalle de temps engager des dépenses pour la conservation, l'entretien ou l'amélioration de ces biens. Le créancier qui reprend sa chose doit en principe rembourser ces dépenses. Pour le remboursement des impenses, l'art. 347 renvoie toujours aux règles qui gouvernent les rapports du propriétaire et possesseur à partir du moment de la litispendance en matière de revendication. L'art. 994 BG., 2° al. qui règle ces rapports dispose ceci : « Si, depuis l'introduction de l'instance, ou depuis qu'il a commencé à être responsable aux termes de l'art 990, le possesseur a fait des impenses nécessaires, l'obligation de remboursement à la charge du propriétaire se détermine d'après les règles de la gestion d'affaires sans mandat ». Donc, le remboursement des impenses nécessaires faites par une partie, doit se faire selon les règles de la gestion d'affaires. Celles-ci posent, pour l'appréciation du caractère nécessaire des impenses, un critérium entièrement subjectif. L'art. 683 du BGB. ordonne le remboursement des impenses. « Lorsque la gestion a été entreprise conformément à l'intérêt et à la volonté réelle ou présumée du maître, le gérant peut, comme un mandataire, exiger remboursement des impen-

(1) LEPELTIER, th. cit., p. 325, etc...

ses. La notion d'impenses nécessaires n'est pas définie ; elle résulte d'une appréciation subjective. L'acheteur pourra exiger le remboursement intégral des impenses qu'il aura faites dans l'intérêt et conformément à la volonté réelle ou présumée du vendeur (1). Mais les résultats ne différeront pas beaucoup de ceux que fournirait un critérium objectif. Conformément à ce dernier, sont impenses nécessaires celles qui correspondent à une économie et une administration normales (2).

Or, pour refuser le paiement intégral des dépenses nécessaires, une partie devra prouver qu'elles ne correspondent, ni à son intérêt, ni à sa volonté réelle ou présumée. Cette preuve sera très difficile à rapporter. Pratiquement, malgré l'art. 683 du BGB, on arrive toujours à faire rembourser les dépenses faites pour la conservation, l'entretien de la chose.

Pour les impenses nécessaires, la solution est la même dans le système français et allemand : les parties devront les rembourser intégralement.

Il existe des difficultés en ce qui concerne les dépenses utiles. Le droit allemand refuse de les consacrer comme une catégorie intermédiaire entre les dépenses nécessaires et les voluptuaires (3). On recourt en ce qui les concerne aux règles applicables en matière d'enrichissement sans cause. D'ailleurs, l'application de ces principes est ordonnée par l'art. 684 qui dispose que « si les conditions préalables de l'art. 683 ne sont pas remplies, le maître est obligé de restituer au gérant tout ce qu'il acquiert par sa gestion, d'après les dispositions sur la restitution de l'enrichissement sans cause »... Le vendeur n'est pas obligé de payer une indem-

(1) R. G. Z., Bd. 50, p. 144.

(2) STAUDINGER, Bd. III, Teil. I, p. 603 ; DERNBURG, *Pand.*, I, p. 120.

(3) STAUDINGER, III, p. 601 ; FLOREY, *Die Verwendungsansprüche des Besitzers nach dem deutschen BGB.*, Diss., Leipzig, 1905.

nité égale aux dépenses faites par l'acheteur. Le principe est que pour toutes les impenses qui ne sont pas nécessaires, la partie récupérant sa chose paie une indemnité égale à l'enrichissement qu'elle réalise grâce à ces impenses au moment de la restitution (1).

Les mêmes règles s'appliquent aux dépenses utiles consistant en plantations ou constructions. Le droit allemand, à la différence du droit français, ne distingue pas suivant que les plantations ont été faites par un possesseur de bonne ou de mauvaise foi. En ce qui concerne les dépenses voluptuaires, on s'accorde généralement pour refuser, à la partie qui en est l'auteur, le droit d'exiger leur remboursement, tout en lui accordant le *jus tollendi*. C'est la partie qui a engagé les dépenses qui doit prouver leur valeur et leur nécessité (2).

SECTION IV

DE LA MANIÈRE DONT S'EFFECTUE LA RESTITUTION RÉCIPROQUE

209. Si le contrat a été partiellement exécuté des deux côtés, l'obligation de restituer sera à la charge des deux parties. Dans cette hypothèse, la connexité des obligations réciproques de restitution, ainsi que leur source commune, la résolution, leur prête, en quelque sorte (3), un caractère synallagmatique dont le BGB. tient compte. Il traite ce rapport dans une certaine mesure comme un contrat synallagmatique. D'après l'art. 348 : « Les obligations des parties telles qu'elles résultent de la résolution, doivent s'exécuter trait pour trait. Les dispositions des art. 320, 322, reçoivent application correspondante ».

(1) STAUDINGER, Bd. III, Teil. II, p. 604 ; MICHAELIS, p. 591.

(2) STAUDINGER, III, p. 604 ; BRODMANN, *Arch. Ziv. Prax.*, Bd. 98, p. 93.

(3) OERTMANN, *Leistung Zug um zug Bay Z.*, 1905, p. 14 ; R. G. Z., Bd. 66, p. 67.

D'ailleurs, il faut remarquer qu'en l'absence de l'art. 348, on peut arriver à une situation voisine grâce à l'art. 273 BGB., qui stipule un droit de rétention général, applicable à tous les rapports juridiques réciproques (1).

Le renvoi de l'art. 348 aux art. 320, 322, a des conséquences très importantes en ce qui concerne l'exécution de l'obligation de restituer. Conformément à l'art. 320 chaque partie peut faire usage de l'*exceptio non adimpleti contractus* et refuser la prestation qui lui incombe jusqu'à ce que la contre-prestation soit effectuée. Pour sortir de cette impasse on peut aboutir à une condamnation à exécution trait pour trait, selon l'art. 322 BGB.

De même une des parties peut refuser de restituer quand l'autre partie n'est prête à restituer qu'une partie de la prestation (2) ; une partie ne peut pas refuser de restituer sous prétexte que l'autre partie n'a exécuté que partiellement son obligation à restitution, alors que ce refus, vu les circonstances, porte atteinte à la bonne foi (art. 320, al. 2).

Les parties peuvent compenser leurs créances si elles se doivent réciproquement de l'argent. Dans cette hypothèse, le tribunal peut les dispenser d'une exécution complète et trait pour trait (3). Mais les dispositions concernant les contrats synallagmatiques ne sont pas applicables à ce rapport synallagmatique de restitution, si on n'en décide pas expressément. L'art. 348 du BGB. qui dispose d'une manière expresse que l'*exceptio non adimpleti contractus* est applicable à ce rapport synallagmatique, aboutit par là même à écarter l'application de toute autre règle propre au contrat synallagmatique. C'est l'avis de la doctrine (4) et de la

(1) CASSIN, thèse, p. 448 ; NERVA ELEKES, *Le droit de rétention d'après la jurisprudence française et allemande* ; BRACQ, *Le droit de rétention en droit allemand*, 1907.

(2) R. G. Z., Bd. 123, p. 390.

(3) O. L. G. in R. O. L. G., Bd. 24, p. 293.

(4) STAUDINGER, p. 619 ; PLANCK, p. 457 ; OERTMANN, p. 344 ; WARNER, p. 688.

jurisprudence. Ainsi, le fait que le débiteur a détruit la prestation qu'il devait restituer entraîne l'application de l'art. 347 précédemment étudié et non celle de l'art. 325. De même, le retard dans la restitution ne peut pas justifier le droit de résoudre le rapport de restitution. Donc, l'art. 326 est inapplicable ici. Dans ces hypothèses, il est impossible de concevoir la résolution du rapport synallagmatique de restitution créé par la déclaration de résolution. Car, la résolution du rapport synallagmatique aboutirait à remettre en vigueur le contrat, donc à annuler la première résolution. D'ailleurs, le fait qu'une inexécution qui permet d'invoquer l'exception d'inexécution n'est pas toujours suffisante pour justifier la résolution est explicable. Il existe, en effet, une différence de plan, une hiérarchie entre les causes qui sont de nature à légitimer l'ex. n. a. c. et celles entraînant la résolution (1). Dans cette hypothèse la solution s'explique par le fait que tout rapport synallagmatique ne constitue pas un contrat synallagmatique.

Les conséquences juridiques de l'impossibilité ou du retard s'apprécient d'après les art. 347, 354 et non d'après les art. 320 à 327. En particulier, l'art. 323 n'est pas applicable ; donc si l'un des objets soumis à la restitution périt en tout ou en partie du fait de la force majeure, l'obligation de l'autre partie ne se réduit pas dans la même proportion (2).

Enfin, le lieu où s'exécute l'obligation de restitution peut être différent de celui où s'est exécuté le contrat. L'obligation de restitution s'exécute là où se trouve la chose soumise à restitution (3).

Citons cependant un arrêt (4) de la Cour Suprême qui semble aller à l'encontre de ces principes. Dans l'espèce,

(1) CASSIN, *th. cit.* p. 401.

(2) Voir *infra*, n^{os} 65 s. ; R. G. Z. Bd. 105, p. 308.

(3) Warn. Rsp., 1918, n^o 81.

(4) R. G. Z., Bd. 66, p. 68 ; WARNEYER, p. 688.

le défendeur avait été condamné à restitution par un jugement passé en force de chose jugée. Le demandeur lui fixe un délai pour l'exécution de cette obligation conformément à l'art. 283. Le délai expire sans que la restitution soit effectuée. La Cour Suprême ne considère pas l'obligation inexécutée comme une obligation unilatérale. Tout au contraire, elle estime que l'inexécution se réfère à une obligation dérivant d'un rapport synallagmatique. Par conséquent, la Cour Suprême permet au demandeur de recourir à l'art. 325, 2 al., applicable seulement aux contrats synallagmatiques et d'opter pour des dommages-intérêts ; et elle condamne le défendeur à les payer selon les règles indiquées par la « théorie de la différence » (1). Mais la Cour Suprême semble partir d'un point de vue erroné. Elle décide qu'on doit traiter comme un contrat synallagmatique tout rapport semblable. Et la Cour considère comme étant synallagmatique tout rapport qui fait naître des obligations réciproques à exécuter trait pour trait. La Cour recourt, dans cette hypothèse, à un critérium de reconnaissance du contrat synallagmatique plus large qu'à l'ordinaire (2). En outre, la Cour oublie que les obligations réciproques de restitution ont leur source dans la loi et non dans le contrat. Or, pour pouvoir appliquer les art. 320, 327, il faut qu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique et non d'un rapport synallagmatique extra-contractuel (3). D'ailleurs, cet arrêt est resté isolé.

D'une manière générale, on s'accorde en doctrine et jurisprudence pour admettre qu'en dehors de l'*exceptio non adimpleti contractus* les règles concernant les contrats synallagmatiques, sauf disposition spéciale, ne sont pas applicables au rapport réciproque de restitution entraîné par la résolution.

(1) Voir *infra*, n^{os} 233 s.

(2) Voir *supra*, n^{os} 34 s.

(3) Voir *supra*, n^o 35.

CHAPITRE II

DES CAS OU LA RÉSOLUTION N'ABOUTIT PAS A RÉTABLIR LA SITUATION ANTÉRIEURE AU CONTRAT

SECTION PREMIÈRE

DE L'EXCLUSION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS EN CAS DE RÉSOLUTION

210. En principe, la résolution doit remettre les parties dans la situation où elles étaient avant la signature du contrat (1).

L'obligation de restitution est une obligation *ad restituendum in integrum*. Comme nous l'avons déjà vu (2), son contenu est déterminé par la prestation elle-même.

Pourtant, on s'est demandé, en doctrine, si l'obligation de restitution édictée par l'art. 346 se rattache aux principes de l'enrichissement sans cause ou si elle conduit au rétablissement de la situation antérieure au contrat. La discussion, quoique théorique, peut avoir une importance pratique considérable. Dans la majorité des cas, le *statu quo ante* sera rétabli par la restitution de la prestation reçue. Néanmoins, il peut y avoir des hypothèses où la seule

(1) *Motive*, II, pp. 280-86.

(2) Voir *supra*, n^o 196 s.

restitution de la prestation reçue n'arrive pas à rétablir la situation qui a précédé le contrat. On conçoit bien des cas où, pour rétablir la situation antérieure au contrat, il faut, non seulement restituer la prestation reçue, mais encore réparer les dommages effectifs qu'une partie a subi du fait de l'inexécution de l'autre. Ainsi, lorsqu'une partie a, après la conclusion du contrat, engagé des dépenses en prévision de l'exécution, pour rétablir le *statu quo ante*, il faudra les rembourser. Dans toutes ces hypothèses, la simple restitution de la prestation reçue ne suffira pas.

Pour Soergel (1) l'art. 346 tend au rétablissement de la situation antérieure au contrat et ne se rattache pas au principe de l'enrichissement sans cause. L'art. 346 doit conduire au rétablissement de la situation précédant le contrat. Pourtant, Soergel n'est pas très précis. S'il était logique avec lui-même, il devrait admettre que l'obligation de rétablir la situation antérieure entraîne celle de réparer le dommage effectif dû à l'inexécution. Or, plus loin, il soutient le contraire (2). Soergel invoque en faveur de sa première opinion, certaines décisions jurisprudentielles (3). Dans une des espèces (4) invoquées, il s'agissait d'une transaction conclue par les parties. Une des parties n'exécute pas l'obligation à laquelle elle s'engageait par la transaction. L'autre use de la modalité que l'art. 326 met à sa disposition et déclare la résolution de la transaction. Elle procède immédiatement à l'exécution forcée du jugement obtenu contre l'autre partie mais auquel elle avait renoncé par la transaction. La question qui se pose est celle de savoir si les obligations et droits auxquels on avait renoncé par la transaction sont définitivement éteints, ou si l'exercice

(1) SOERGEL, p. 668.

(2) SOERGEL, p. 668.

(3) R. G. J. W., 1930, p. 202 ; R. G. n J. W., 1911, p. 756 ; R. G. Warn E., 1914, n° 45 ; R. G. in Recht, 1911, n° 2839 ; GRUCHOTS B., Bd. 56, p. 113.

(4) R. G. n J. W., 1930, p. 202.

de la résolution les fait renaître en rétablissant la situation antérieure. La Cour Suprême décide que, par l'exercice de la résolution les parties sont remises dans la situation antérieure. Elle déclare d'une manière expresse que « les effets de la résolution d'une transaction, comme il résulte de sa nature, ne peuvent pas consister seulement dans le fait de fonder une obligation personnelle de restitution (nicht nur die Begründung einer schuldrechtlichen Rückgabeverpflichtung). Celui qui résout a en plus le droit au rétablissement de la situation antérieure ».

Malgré les termes généraux qu'elle emploie, la jurisprudence fait une distinction que cet arrêt ne laisserait pas supposer ; elle ressort d'un autre arrêt qui semble en contradiction avec le précédent.

Dans cette espèce (1), il s'agissait d'un contrat d'ouvrage portant sur le forage d'un puits (Bohrvertrag). Le puits, partiellement creusé, n'était d'aucune utilité. Une fois la résolution déclarée, l'entrepreneur exigeait une somme d'argent égale en valeur à la main-d'œuvre et aux dépenses faites à cause de l'ouvrage. La Cour Suprême, comme la Cour d'Appel, commence par constater que « Le Code n'a pas donné une solution expresse d'ordre général pour les cas d'impossibilité de restitution de la prestation reçue ». Puis elle ajoute : « Mais, pour le cas spécial de services prestés et d'utilisation d'une chose, il a établi dans le deuxième alinéa de l'art. 346, la règle du remboursement de la valeur de la prestation au lieu de la restitution impossible ; ou du paiement d'une contre-prestation en argent, si le contrat en fixe une ».

« La Cour d'Appel a établi d'une façon indiscutable que la partie des travaux de forage exécutée n'a aucune valeur. Il en résulte une absence de contenu pour la prétention de restitution du réclamant. Un ouvrage exécuté partiellement ne peut pas être considéré comme équivalent à une

(1) R. G. in J. W., 1911, p. 756.

livraison partielle de services ; l'obligation d'exécuter un ouvrage est conformément à la règle indivisible, tandis que la prestation de services a une nature divisible. »

La Cour Suprême casse la décision de la Cour d'Appel, car elle estime que dans un contrat d'ouvrage on ne peut pas exiger la restitution des services prestés pour l'achèvement de l'ouvrage, l'art. 346, 2^e al., n'étant pas applicable ici. Et la Cour Suprême fait valoir le véritable motif de cette décision en disant : « Cette prétention serait une prétention à réparation du dommage et spécialement une réparation « des Negativen Interessen ». Or, une telle interprétation n'est pas conforme au Code ». Pour donner plus de fondement à sa solution, la Cour fait appel aux travaux préparatoires. L'art. 346, à la deuxième lecture du BGB., avait la forme suivante : « Les parties sont obligées de rétablir la situation qui existerait si le contrat n'avait pas été conclu... ». Or, on a justement écarté cette rédaction qui prêtait à confusion, elle pouvait en effet laisser entendre que les parties se doivent réparation des « Negative Interessen » (1).

211. Cet arrêt qui semble contredire le précédent, ne fait en réalité que lui apporter une limitation. Il est vrai que la restitution des prestations reçues doit conduire en principe au rétablissement de la situation antérieure au contrat. Mais celle-ci est un résultat qu'on peut obtenir et non un but qu'on doit nécessairement atteindre. Ce que prévoit l'art. 346, c'est la restitution des prestations promises et non le rétablissement de la situation antérieure au contrat.

Ce rétablissement sera même interdit chaque fois qu'il aurait pour but de justifier et d'autoriser en même temps que la résolution, la réparation du dommage effectivement subi du fait de l'inexécution du contrat ; le cumul de la

(1) Prot., II, p. 8468.

résolution et des dommages-intérêts étant interdit par le droit allemand. Pour l'éviter, le droit allemand préfère dans ce cas ne pas rétablir le *statu quo ante*. Cette solution est injuste comme le prouve l'espèce citée. L'entrepreneur ne recevra rien en restitution ; non seulement il ne sera pas rétabli dans la situation antérieure au contrat, mais il ne recevra même pas l'équivalent de la prestation qu'il a fournie. Cette solution fait disparaître fort injustement les effets normaux de la résolution. Car, pour éviter le cumul, on interdit purement et simplement l'application obligatoire de l'art. 346. Le but du système allemand n'est pas tant d'obtenir la restitution en nature, ou par équivalent de la prestation fournie, que d'éviter le cumul de la résolution avec la réparation du dommage effectivement subi en raison de l'inexécution. La doctrine (1) entière s'accorde avec la jurisprudence pour décider que la restitution de l'art. 346 BGB. ne s'étend pas aux « *negativen vertragsinteressen* ».

SECTION II

DE LA CHARGE DES RISQUES LORSQUE L'OBJET DE L'OBLIGATION EXÉCUTÉE A PÉRI AVANT L'EXERCICE DE LA RÉOLUTION

212. Mais il existe d'autres hypothèses dans lesquelles la résolution n'aboutit pas à remettre les parties dans la situation antérieure au contrat. C'est le cas de l'art. 350 qui dispose : « La résolution n'est pas exclue par le fait que l'objet qu'avait reçu l'ayant-droit a péri par cas fortuit ». Cette disposition est conforme à celles du droit commun relatives à la rédhhibition (2) ainsi qu'à l'art. 918 du Code

(1) WARNEYER, p. 686 ; OERTMANN, p. 342 ; SOERGEL, p. 668 ; STAUDINGER, p. 408 ; etc...

(2) DERNBURG, *Pand.*, II, 2, 101 ; STAUDINGER, II, p. 622 ; OERTMANN, p. 345.

Saxon. Pourtant, elle est contraire aux art. 327, 328 du Code Prussien.

L'article 350 envisage seulement la disparition fortuite de la chose. Il ne décide rien relativement aux pertes partielles, aux détériorations fortuites qui atteignent l'objet sans le détruire entièrement. La doctrine (1) estime que l'art. 350 est applicable *a fortiori* à ces hypothèses. Conformément à cet article, l'ayant-droit à résolution ne supporte pas les risques de la disparition fortuite de la chose qu'il a reçue en exécution du contrat.

L'art. 350 peut être interprété de deux manières différentes. D'abord, il permet au créancier de déclarer la résolution malgré la disparition par cas fortuit de la chose reçue. Le créancier se voit interdire par le BGB. de résoudre le contrat chaque fois que, par sa faute, il s'est mis dans l'impossibilité de restituer la prestation reçue. Il y a une contradiction dans l'attitude d'un créancier qui, d'une part, résoudrait le contrat et de l'autre rendrait impossible ses effets normaux. C'est pourquoi le BGB. dans les art. 351-353 refuse en l'occurrence de lui accorder le droit de résolution.

Mais le même raisonnement ne vaut plus au cas où l'impossibilité de restitution n'est pas le résultat de la volonté du créancier, mais de la force majeure. Pour distinguer cette dernière hypothèse des autres, le BGB. a décidé, dans l'art. 350, que « la résolution n'est pas exclue par le fait que l'objet qu'avait reçu l'ayant-droit a péri par cas fortuit ». Pourtant, la doctrine ne s'en est pas tenue là. Elle a découvert que l'art. 350 avait aussi un autre sens.

Le créancier pourra déclarer la résolution, même s'il n'est pas en état d'effectuer la restitution qu'elle implique du moment que la chose reçue a disparu par cas fortuit avant la déclaration. Si l'obligation réciproque de restitu-

(1) STAUDINGER, p. 622.

tion était un contrat synallagmatique, l'art. 323 devrait être applicable. Or, l'art. 323 n'est pas applicable, car l'obligation réciproque de restitution tient du contrat synallagmatique seulement dans la mesure autorisée par la loi (art. 348).

Comme nous l'avons déjà vu (1) au cas de restitution entraînée par la résolution, la perte fortuite partielle ou totale de la prestation reçue par le créancier ne diminue pas proportionnellement sa propre prestation.

Libéré par l'art. 275 de son obligation de restituer, le créancier ayant déclaré la résolution garde le droit d'exiger la restitution de la prestation qu'il avait effectuée (2), bien qu'il ne fournisse rien en échange de celle qui a péri.

Oertmann (3) tâche d'expliquer cette solution par l'idée que la résolution remettant les parties dans la situation antérieure au contrat, les risques de la force majeure retombant sur la partie adverse. Pourtant cette opinion peut difficilement se soutenir.

213. Nous avons déjà vu que la résolution ne réussit pas toujours à remettre les parties dans la situation matérielle où elles étaient avant le contrat. En droit allemand, la résolution produit des effets personnels et non réels. Le vendeur ne redevient pas, par l'exercice de la résolution, propriétaire de la chose. L'argument de Oertmann semble si puéril qu'on ne peut y insister.

Pourtant, la solution du BGB. est inexplicable. Elle est à la fois illogique, sans fondement juridique et injuste. En effet la charge des risques est un attribut de la propriété. En principe elle accompagne la propriété et son transfert s'opère en même temps. La règle que *res perit domino*, est

(1) Voir *supra*, n° 209.

(2) OERTMANN, p. 345 ; TEN HOMPEL, *Verständigungszweck im Recht*, p. 199 ; PLANCK, p. 458.

(3) OERTMANN, p. 345.

non seulement un principe juridique, mais en même temps une règle de bon sens. Car on ne voit pas qui devrait supporter les risques de la propriété si ce n'est le propriétaire.

En droit allemand, l'acheteur devient propriétaire de la chose par la tradition ou l'inscription faite en exécution du contrat. Si, par un cas de force majeure, la chose vient à périr, c'est lui qui doit subir les risques. Supposons que, pour un motif quelconque, il déclare la résolution. En vertu de l'art. 346, il sera obligé de restituer la prestation reçue. Comme celle-ci a péri par force majeure, conformément à l'art. 346 al. 2, il devra en rendre la valeur. Mais l'art. 350 vient le dispenser de cette obligation. Il réclamera la prestation qu'il a effectuée, mais de son côté ne rendra rien. Donc, les risques sont supportés par le vendeur. Une telle solution est condamnée par la logique la plus élémentaire. Car, au moment de la perte de la chose, le vendeur n'en était plus le propriétaire et il ne devrait pas supporter les risques.

Cette solution pourrait, à la rigueur, se justifier en droit français, par la rétro-activité et les effets réels de la résolution. En droit français, la résolution joue comme une condition résolutoire. Par l'effet de la résolution, le vendeur est censé être toujours resté propriétaire et n'avoir jamais aliéné son titre. Et, en vertu de l'adage *res perit domino*, c'est le vendeur qui subit les risques dûs à la perte fortuite. Pourtant, le droit français n'admet pas ce point de vue. Dans l'art. 1647, il consacre la solution opposée. En effet, le deuxième alinéa de cet article précise que « la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur » (1). Cette solution s'explique aussi par l'idée de condition résolutoire. Quand la chose vendue périt avant l'avènement de la condition « la perte est pour le compte

(1) Orléans, 24 juil. 1890, pp. 91-2-337 ; PLANIOL, HAMEL, n° 187, critiqué par GUILLOUARD, I, n° 479 ; AUBRY, RAU, n° 355. Approuvé par BAUDRY-LACANTINERIE, n° 439.

de l'acheteur qui, se trouvant dans l'impossibilité de restituer cette chose, ne pourra pas davantage demander la restitution du prix » (1).

Le BGB. consacre dans l'art. 350 pour le même cas la solution contraire mettant les risques à la charge du vendeur. Cette solution est inconciliable avec le mode de transfert de la propriété. En droit allemand, une fois l'inscription faite dans le livre foncier, l'acheteur devient propriétaire définitif et non sous condition. L'avènement de la résolution ne détruit pas son titre de propriété. A partir de l'inscription, le vendeur ne possède plus sur l'immeuble aucun droit ni direct ni conditionnel. Donc, il est impossible de lui faire subir les risques du moment que la résolution ne la rendra pas propriétaire de la chose. C'est pour cela que cette disposition nous semble, non seulement inique, mais encore impossible à justifier en droit dans le système allemand.

214. Nous concluerons sur ce point en disant que la restitution instituée par l'art. 346 peut aboutir au rétablissement de la situation antérieure au contrat.

Pourtant, le rétablissement de la situation antérieure au contrat n'est pas le but qu'il faut atteindre à tout prix. Le droit allemand écarte ce rétablissement chaque fois qu'il servirait à justifier le cumul de la résolution avec l'action en réparation du dommage causé par l'inexécution. De même, dans l'hypothèse où le bien reçu par l'acheteur a péri par force majeure, la résolution n'aboutira pas à rétablir le *statu quo ante*, car le vendeur restituera le prix, mais ne recevra pas la chose. C'est pourquoi la majorité de la doctrine tend à rattacher l'art. 346 aux principes de l'enrichissement sans cause. Mais entre la restitution selon les règles sur l'enrichissement sans cause et celles de l'art. 346, il y a

(1) AUDIBERT, *De la résolution des contrats translatifs et des droits immobiliers*, p. 154.

certaines différences que nous avons déjà relevées. L'obligation *ad restituendum in integrum* établie par l'art. 346 est plus étendue que celle fondée par les principes de l'enrichissement sans cause. Aussi les auteurs (1) estiment-ils que l'art. 346 consacre une forme de restitution aggravée, mais conforme pourtant au principe de l'enrichissement sans cause.

(1) STAUDINGER, p. 615 ; PLANCK, p. 452 ; KRETZ, p. 175.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA RÉSOLUTION A L'ÉGARD DES TIERS

215. La résolution opérant rétroactivement l'extinction du contrat oblige en principe les parties à rétablir la situation antérieure au contrat. L'obligation à la restitution est une première conséquence qui découle de ce principe. Mais la résolution risquerait d'être illusoire si ses effets étaient limités *inter partes*.

En effet, toutes les fois que la propriété du corps certain qui était l'objet du contrat a été transférée à un tiers, on ne pourra pas « rétablir la situation antérieure au contrat » si on limite les effets de la résolution aux parties. C'est justement pour ne pas vider ce principe de tout contenu qu'on doit accorder à la résolution des effets susceptibles d'être opposables aux tiers, au moins dans certains cas.

SECTION PREMIÈRE

EFFETS DIFFÉRENTS QU'ENTRAÎNE LA RÉSOLUTION EN DROIT ROMAIN, FRANÇAIS ET ALLEMAND

216. La question de savoir si la résolution entraînait en droit romain des effets personnels ou réels est très débattue. Sans entrer dans les détails de cette controverse, nous signalons que plusieurs systèmes ont été proposés (1).

(1) Ed. TROUGNOUX, *Du droit de résolution en droit romain et français*, th., Paris, 1893, p. LIII ; ROGER, *Situation des tiers en cas de propriété immobilière résoluble*, thèse, 1897, p. 47.

Dans la théorie la plus courante (1) on affirme qu'à l'origine la résolution n'entraînait qu'une action personnelle. Plus tard, à la suite d'une évolution (2), la résolution a produit des effets réels. A l'époque classique, plusieurs textes traitent d'une *actio in rem* accordée au vendeur et au donateur sous condition résolutoire. L'*actio in rem* que mentionnent divers passages serait la *rei vindicatio* (3). Cette solution établie par la pratique antérieure semble avoir été consacrée par Justinien (4).

217. Le droit français accorde à la résolution un effet absolu en ce qui concerne les actes de disposition passés par l'acheteur avec des tiers. Pour arriver à ce résultat, il s'est basé sur l'idée que la résolution « produit en principe les mêmes effets que la condition expresse » (5). D'ailleurs, la doctrine (6) et la jurisprudence (7) sont d'accord pour l'admettre.

La résolution entraîne l'extinction rétroactive du contrat. Par là même, elle anéantit le titre juridique servant de base au transfert de propriété fait par le créancier au débiteur. Toutes les aliénations consenties par l'acquéreur en qualité de propriétaire doivent tomber du moment que son titre de propriété se trouve résolu. Ce principe est consacré par l'adage « *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ». Ce résultat peut s'expliquer aussi par un autre principe semblable. L'acheteur n'a pu transmettre la propriété à un tiers puisqu'il ne l'a jamais eue, en raison de l'effet rétroactif de la résolution. Par l'application du principe « *Nemo*

(1) TROUGNOUX, *op. cit.*, ; Jean ROGER, *th. cit.*, pp. 46-59.

(2) Par changement de jurisprudence, d'après TROUGNOUX.

(3) ROGER, p. 53 ; PELLAT, BUNOIR, cités par ROGER.

(4) L. 26, C VI, 37 et L. 28, C VIII, 55.

(5) LEPELTIER, *th. cit.*, p. 315 ; PAULE, *th. cit.*, p. 117.

(6) AUBRY, RAU, V, p. 302 ; BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE, II, n° 935 ; PLANIOL, RIPERT, VI, n° 433.

(7) Req., 5 déc. 1881, S., 82.1.110 ; Civ., 4 mai 1898, D., 98.1.457. Note PLANIOL, 5, 98.1.281 ; Req., 8 juillet 1925, G. P., 1925.2.606.

plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet » l'acheteur n'a pas pu transférer aux tiers une propriété qu'il n'a jamais eue. Ces deux adages expriment à rebours le principe de l'effet absolu de la résolution. Les effets de la résolution ne sont pas limités en droit français aux parties, mais sont opposables aux tiers. « Les droits conférés aux tiers par les parties sur les biens qu'elles doivent restituer à la suite de la résolution sont, eux aussi, rétroactivement anéantis » (1).

218. Le vendeur sera censé n'avoir jamais perdu la propriété de son bien. Il le reprendra franc et quitte de toute charge et hypothèque née du chef de l'acquéreur. La résolution réfléchit sur le tiers sous-acquéreur, même s'il ignorait acquérir un droit soumis à résolution. Toutefois, il convient de remarquer que le vendeur ne peut agir en revendication contre le tiers sans avoir obtenu au préalable la résolution contre l'acheteur (2). L'action en résolution (personnelle ou mixte) ne peut pas être intentée directement contre le tiers acquéreur. Mais une fois admis le principe que le vendeur est toujours resté propriétaire du bien, ce qui suppose la résolution prononcée, il peut le revendiquer contre l'acheteur ou contre un tiers sous-acquéreur du moment qu'il s'est conformé à la loi en inscrivant son privilège. Dans tous les cas où le vendeur pourra reprendre sa chose par l'action en revendication, la résolution aura produit un effet réel (3).

Cette résolution présente de sérieux inconvénients. La position de l'acheteur est rendue incertaine. Il devient acquéreur du droit de propriété, mais sous condition. Cette situation peut avoir des conséquences fâcheuses au point de vue économique. La crainte de l'avènement de la condi-

(1) LEPÉLTIER, th. cit., p. 316.

(2) AUDIBERT, th. cit., p. 155 ; PAULE, th. cit., p. 89.

(3) PAULE, th. cit., p. 89 ; TROPLONG, II, *Vente*, n° 629-630 ; AUBRY-RAU, VIII, p. 123.

tion l'empêchera de faire des travaux coûteux (1). La propriété, le droit réel le plus solide, devient du même coup « temporaire et éminemment fragile » (2). La position des sous-acquéreurs devient également critique. N'étant pas suffisamment prévenus, ils ont toujours à craindre une éviction. Bien qu'ils soient acquéreurs du droit réel le plus complet, par l'effet de l'action résolutoire ils peuvent se voir déchus de leur titre. Enfin, « la résolution des hypothèques, conséquence de la résolution du droit de propriété, amène l'insécurité des créanciers qui ne prêtent plus qu'à des conditions onéreuses » (3).

Mais tous ces inconvénients tiennent au caractère consensuel du transfert de propriété en droit français. Certaines mesures de publicité sont indispensables pour avertir les tiers. Pour compléter le système de protection sommaire et partiel que leur offraient les art. 2279 et 2265 du C. Civ. Fr., la législation ultérieure a fait un effort en vue d'organiser une protection d'ordre plus général (4). L'art. 7 de la loi de 1857 qui a rendu l'action résolutoire solidaire du privilège a été faite dans ce but. Mais nous n'entrerons pas dans les détails de cette question, considérant qu'elle sort du cadre strict de notre sujet.

219. Le BGB. a consacré la solution opposée.

En droit allemand, la résolution ne produit qu'un effet personnel, limité aux parties contractantes. Par l'action résolutoire, celle-ci ne sont pas nécessairement remises dans la situation juridique antérieure au contrat. Le vendeur ne redevient pas *ipso facto* et rétroactivement propriétaire de la chose. Il ne peut la revendiquer si elle se trouve dans le

(1) ROGER, th. cit., pp. 23-24.

(2) DIMITRESCO, th. cit., p. 61.

(3) DIMITRESCO, th. cit., p. 62.

(4) PLANIOL, HAMEL, X, n^{os} 257-59 ; CASSIN, *Résolution judiciaire*, p. 82.

patrimoine d'un sous-acquéreur ou même dans celui de l'acheteur.

En droit allemand, le système légal de la résolution ne produit jamais des effets réels. Par l'action résolutoire, aux termes de l'art. 346 BGB., les parties sont obligées de se restituer les prestations reçues. Mais cette obligation est personnelle (1). Le vendeur créancier d'une obligation de ce genre peut forcer l'acheteur à l'exécuter, mais ne peut pas revendiquer la chose. Supposons que le vendeur, en exécution du contrat de vente, ait transféré à l'acheteur la propriété d'un immeuble. L'effet de la résolution sera d'obliger l'acheteur à retransférer la propriété au vendeur. Mais celui-ci ne sera pas considéré comme étant toujours resté propriétaire de la chose.

C'est une des différences fondamentales avec le droit français, car en droit allemand la résolution ne joue pas comme une condition résolutoire (2). En droit français, la résolution détruit rétroactivement et avec effet réel le contrat et remet les parties dans la situation où elles étaient avant d'avoir contracté. En droit français, les effets de la résolution se rattachent plus à la condition résolutoire. En droit allemand, ils se rattachent plutôt aux principes de l'enrichissement sans cause (3). Aussi, les effets de la résolution ne seront-ils pas opposables aux tiers. Le vendeur ne pourra reprendre le bien entre les mains d'un tiers sous-acquéreur auquel l'acheteur l'aura revendu. L'acheteur sera seulement tenu par l'effet de la résolution de rembourser le prix.

De même, l'hypothèque créée du fait de l'acheteur sera toujours maintenue ; « une indemnité compensera la diminution de valeur qu'elle cause à l'immeuble » (4). La réso-

(1) STAUDINGER, p. 609.

(2) STAUDINGER, p. 609.

(3) PLANCK, SIEBER, VORB. 1, 6 ; SCHOLLMAYER, § 346 ; TITZE, p. 373 ; STAUDINGER, p. 609 ; ROGER, th. cit., p. 70.

(4) ROGER, th. cit., p. 71.

lution ne peut avoir effet contre le tiers même si celui-ci en connaissait l'éventualité au moment de l'acquisition. Afin d'éviter des abus possibles, toute personne qui demande la résolution d'un droit peut faire usage de la « Vormerkung », pour avertir les tiers. C'est une indication qui se réalise par une inscription de sa prétention sur le registre foncier. Tous les droits réels créés à partir de la « prénotation » ne lui sont pas opposables. « Cette faculté lui permet de se protéger contre des actes de disposition réalisés à son préjudice pendant le cours de l'instance » (1).

Les parties peuvent toutefois faire produire des effets réels à la résolution (2) ; elle est alors assimilable à une condition résolutoire (art. 358 BGB.). Nous ne traiterons pas ce cas qui se rattache à la résolution conventionnelle.

SECTION II

EXPLICATION DU CARACTÈRE PERSONNEL DE LA RÉOLUTION PAR LE MODE DONT S'OPÈRE LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ

220. L'effet personnel de la résolution est une conséquence logique du système de transmission de la propriété en droit allemand. Car sur ce point aussi le système français se différencie profondément du système allemand. En matière de transfert de propriété un accord de volonté valable n'était pas suffisant pour réaliser ce transfert en droit romain. Le droit romain ne s'était jamais affranchi de la règle que le consentement seul ne peut engendrer des obligations. Malgré les brèches qui y furent apportées, l'ancien principe « *nudum pactum obligationem non parit* » subsista. A la volonté de produire des effets juridiques devait s'adjoin-

(1) Jean ROGER, *th. cit.*, p. 74.

(2) STAUDINGER, p. 609 ; LÉONARD, *Irrtum*, II, p. 269 ; R. G. in L. Z., 1920, Sp. 824.

dre certaines formes (1). Le droit romain avait toujours distingué la convention dont l'effet était d'obliger à transférer, du transfert de propriété proprement dit. La transmission du droit de propriété supposait en droit romain deux opérations successives : la convention et le mode de transfert. Le contrat de vente était créateur d'une simple obligation de transférer la propriété. Par sa conclusion, l'acheteur devenait seulement créancier de cette obligation. Le transfert du droit de propriété se réalisait par un acte spécial et distinct du contrat ; « *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* » (2). Cette nouvelle formalité pouvait s'opérer par un acte judiciaire (*in jure cessio, mancipatio*) ou extra-judiciaire (*traditio*) (3). C'est cette seconde opération qui rendrait propriétaire le créancier de l'obligation de transférer.

Mais, même sous l'empire du droit romain, on avait commencé à tempérer ce principe par des exceptions. Dans plusieurs hypothèses, la tradition n'était plus réelle, mais fictive. Les procédés les plus usités pour réaliser la tradition fictive étaient le constitut possessoire et la *traditio brevi manu* (4).

L'ancien droit français a conservé cette règle ainsi que les tempéraments qui y avaient été apportés. Par une évolution lente, les exceptions gagnent du terrain au détriment du principe. La dessaisine-saisine — qui est une pratique remontant au droit féodal — rend la tradition symbolique (5). Au xv^e siècle, la clause dessaisine-saisine demeurée de style, semblé être d'une application générale.

Loysel, au début du xvii^e siècle (6), affirme que « dessai-

(1) TROUGNOUX, th. cit., p. 1.

(2) Loi 20 c. j. *de pactis*, Liv. II, tit. 3.

(3) CAPITANT, *Cours*, p. 165 ; ARAFA, th., p. 25.

(4) CAPITANT, *Cours* 1935, p. 165.

(5) POTHIER, *Vente*, n° 313.

(6) CAPITANT, *Cours*, 167 ; LOYSEL, *Institutes Coutumières*, livre 5, titre 4, n° 7.

sine et saisine, faites en présence de notaire et de témoins, vaut et équipolle à tradition et délivrance de propriété ». Il est certain que le droit canonique a fourni un apport considérable dans cette évolution. Avec l'idée que le consentement seul est suffisant pour obliger on tend à s'affranchir de la vieille restriction romaine qui décidait que « *ex undo pacto, actio non nascitur* ». En se basant sur la morale, l'équité et la *bona fides*, le droit canonique a réussi à sanctionner les simples pactes. Celui qui n'exécute pas un pacte honnête et librement consenti se rend coupable d'un péché (1). Par étapes successives, on a abouti à poser le principe contraire à celui du droit romain. A partir d'une certaine date, on peut affirmer que « *solus consensus obligat* ». Or, la formalité de la tradition semble porter atteinte à ce principe, car il semble qu'on contrecarre le principe que le consentement seul oblige, du moment que pour transférer la propriété à côté du consentement on a besoin aussi d'une tradition.

Le droit canonique fournit donc une raison supplémentaire d'éliminer la formalité de la tradition.

L'école du droit des gens apporte aussi une contribution appréciable (2). Grotius (3) et Puffendorf soutiennent d'une façon très nette que selon le droit naturel les conventions toutes seules doivent suffire pour transférer la propriété. Mais le principe romain de la nécessité d'une tradition (même réduite à la simple tradition fictive) se maintient jusqu'à la veille de la rédaction du Code Civil (4). Il est encore vivant dans la conscience des praticiens et des rédacteurs. Portalis (5), dans l'exposé des motifs, expose assez

(1) CASSIN, *Cours*, 1937-38, p. 57.

(2) CAPITANT, *Cours*, p. 168.

(3) GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, liv. II, chap. VI, § 1 et chap. XII, § 15.

(4) POTHIER, *Vente*, n° 318 ; CAPITANT, *loc. cit.* ; TROUGNOUX, *th. cit.*, p. 2.

(5) CAPITANT, *Cours*, p. 171.

timidement qu' « il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport des droits et nous donne action pour la tradition réelle » (1). Le Code Civil opère la fusion entre les deux opérations. La trace de ces deux opérations distinctes est encore visible dans la rédaction. En effet, l'art. 1138 C. Civ. Fr., qui est le point final d'une longue et lente évolution (2), dispose : « l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties contractantes ; elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite ». L'art. 1543 s'exprime de la même façon : « Elle (la vente) est parfaite entre les parties et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas été encore livrée, ni le prix payé ».

Ainsi, le droit français a réuni dans un seul acte la création de l'obligation et le transfert de propriété. A partir du Code Civil, la fusion entre ces deux éléments est complète. Mais la rédaction du Code laisse encore visible l'ancien état de choses (3). L'art. 1138 traite d'une double qualité : celle de créancier et de propriétaire. Mais à la différence du droit romain, cette double qualité s'acquiert par un seul et même acte : la conclusion du contrat. En droit français, le transfert de propriété est devenu consensuel.

221. Le droit allemand a consacré la solution romaine. Il a dissocié les deux opérations qu'implique un contrat translatif de propriété. En effet, il a fait une séparation très nette entre le contrat créateur de l'obligation de transférer la propriété et l'acte juridique par lequel le transfert de propriété se trouve réalisé. L'accord de volonté nécessaire pour la conclusion du contrat n'est pas suffisant pour opé-

(1) LOCRÉ, t. III, pp. 145-46.

(2) PLANIOL, RIPERT, I, n° 2591 ; TROPLONG, *Vente*, n° 39.

(3) NECHITCH, p. 141 ; ARAFA, th. cit., p. 28.

rer en même temps le transfert de propriété. La conclusion du contrat fait naître seulement l'obligation personnelle de transférer la propriété (1). Par la conclusion du contrat, l'acheteur devient simplement créancier de cette obligation. Pour devenir propriétaire, il faut que cette obligation soit exécutée, et cela se fait par un acte juridique différent de la conclusion du contrat : l'investiture. Celle-ci consiste dans l'échange des déclarations des parties faites devant le « Grundbuchrichter » complété par l'inscription. L'échange des déclarations, ainsi que l'inscription qui la suit, sont deux opérations inséparables l'une de l'autre et constituent dans leur ensemble un seul acte juridique qui, comme la tradition autrefois, opère le transfert de propriété (2). C'est l'inscription qui rend l'acheteur propriétaire. L'investiture officielle établit un rapport juridique non entre les personnes, mais entre la personne et la chose (3). L'opposition avec le système français est aussi nette que possible.

222. En droit français, le contrat de vente a un effet non seulement personnel mais réel ; non seulement il oblige à transférer la propriété, mais il l'a transférée. Dès lors, l'effet réel de la résolution semble s'expliquer très bien en droit français. L'anéantissement qu'opère la résolution porte à la fois sur le contrat et sur le transfert de propriété que celui-ci avait effectué. La résolution détruit le contrat et son effet : le transfert de propriété.

La solution n'est plus valable pour le droit allemand. L'extinction du contrat ne peut plus opérer celle du transfert de propriété, car le contrat ne transfère pas la propriété. Du moment que le transfert de propriété suppose deux opérations distinctes, un contrat et une inscription translatrice de propriété, il paraît logique de dire que la disparition du

(1) ARAFA, th. cit., p. 21.

(2) Exposé de motifs, projet de loi prussienne, 1871 ; ARAFA, th. cit., p. 22.

(3) Etude de M. CHALLET sur le C. civ. allemand.

contrat ne peut pas toucher à l'autre opération distincte (quoique non indépendante du contrat), le transfert de propriété. Le transfert de propriété ne peut pas tomber par l'extinction du contrat, parce que ce n'est pas le contrat qui l'a produit mais l'inscription. Le droit de propriété que le tiers a acquis de l'acheteur par l'inscription au Livre Foncier ne peut pas être atteint par la résolution déclarée par le vendeur.

Après la déclaration de résolution, le vendeur est créancier de l'obligation de restitution, mais il n'est plus propriétaire ; dès lors, il ne peut pas revendiquer. Cette solution s'applique (1) même au cas où le tiers avait acquis la propriété de l'acheteur en sachant que le droit de l'acheteur était susceptible d'une résolution légale, par exemple parce que l'acheteur n'avait pas payé le prix.

Le créancier qui reprend l'immeuble que l'acheteur lui restitue après la déclaration de la résolution la reprend grevée des charges réelles. C'est la première conséquence du principe que la résolution n'a pas d'effet contre les tiers. En même temps, c'est une des grandes différences avec le système français.

De plus, le créancier agissant en résolution ne pourra plus reprendre la chose, quand elle est dûment entrée dans le patrimoine d'un tiers acquéreur. C'est une deuxième conséquence et une deuxième différence capitale avec le système français. Ces deux conséquences découlent du même principe. La résolution en droit allemand produit un effet personnel, limité aux parties contractantes, et non un effet réel qui puisse être opposable au tiers.

Un tel système accorde assurément une base solide au transfert de propriété. Le droit de propriété et la situation des tiers acquéreurs se trouvent consolidés. Mais en même temps les droits du créancier ayant agi en résolution se trouvent restreints. Ce dernier est privé de l'action en

(1) STAUDINGER, p. 615.

revendication et la reprise de la chose vendue ne lui est pas assurée. Nous n'insistons pas sur les avantages ni les défauts de ce système. Ils tiennent plutôt au mode de transfert de la propriété. Par là, ils sortent du cadre de notre sujet. Pourtant, on ne peut mettre en doute que ce système est de nature à enlever au créancier agissant en résolution une partie réelle du bénéfice de son action. La résolution pourvue de pareils effets ne présente pas pour lui un avantage spécial. Le vendeur ayant affaire à un acheteur de mauvaise foi et insolvable qui a pris soin d'aliéner la chose n'aboutira à aucun résultat par l'emploi de la résolution. Ces effets de la résolution, dérivés de la manière dont se transfère la propriété, sont en grande partie cause de ce que la résolution ne joue pas dans la vie juridique allemande le même rôle prépondérant qu'en France.

Pour expliquer l'effet personnel de la résolution, nous nous sommes basé sur l'effet personnel du contrat de vente portant sur un corps certain. Cette explication nous est apparue comme étant à la fois la plus simple et la plus logique. Il est étonnant de voir que ni les rédacteurs, ni la doctrine allemande ne recourent à cette explication.

Saleilles (1) considérait à juste titre la controverse divisant les deux commissions et plus tard la doctrine quant aux effets de la résolution comme fondée sur une erreur. Car, pour expliquer l'effet personnel de la résolution, il n'est pas besoin de faire intervenir l'idée d'extinction *exceptionis ope*. Cette idée qui se justifie en droit romain par le dualisme des sources du droit, cadre mal avec le droit moderne (2).

Il eût été plus juridique et plus simple en même temps de justifier l'effet personnel de la résolution par l'explication que nous venons de donner au lieu de recourir à des constructions juridiques surannées et indéfendables.

(1) SALEILLES, *op. cit.*, p. 347.

(2) NECHITCH, *th. cit.*, p. 114.

TITRE II

DES EFFETS DE LA RÉSILIATION

CHAPITRE PREMIER

DE LA RÉSILIATION

DANS LES CONTRATS A EXÉCUTION CONTINUE

223. Il existe une grande différence entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive.

Comme nous l'avons déjà indiqué (1), un contrat à exécution instantanée, même partiellement exécuté, n'a jamais été régulièrement exécuté. L'équilibre qui doit toujours exister dans l'exécution parallèle des parties a toujours fait défaut. La situation d'un contrat à exécution successive est toute différente. Dans les contrats à exécution successive, la notion de temps est un élément essentiel, car l'exécution de tous ces contrats se fait sur une période de temps plus ou moins longue.

Mais ces contrats présentent eux-mêmes des subdivisions. Dans certains contrats que nous qualifierons de contrats à

(1) *Supra*, p. 325.

exécution continue, une des parties (au moins) fournit tous les jours une prestation continue qui s'étend sur un certain laps de temps. Dans le contrat de louage, de fermage (1535 du BGB.), le propriétaire met l'immeuble loué d'une manière continue à la disposition du locataire et du fermier. De même, dans un contrat de service avec la prestation de celui qui s'engage à fournir les services (art. 611 BGB.). Dans tous les contrats de ce type une des parties doit fournir sa prestation continuellement pendant une certaine période. L'autre partie lui fournit l'équivalent à des dates fixées. L'équilibre contractuel d'ensemble se forme par l'addition des équilibres partiels des fractions de période (1). Supposons un contrat de louage de services conclu pour une période de quelques années avec une rémunération payable à la fin de chaque année. Les services prestés pendant une année s'équilibrent avec la rémunération annuelle et l'addition de l'équilibre partiel de chaque fraction mène à l'équilibre du contrat entier. Supposons qu'à partir d'une certaine date l'une des parties cesse brusquement de remplir ses engagements. Dans la vie du contrat deux périodes différentes peuvent être distinguées. Pendant la première, chaque partie a exécuté normalement le contrat (2). Dans cette première phase, l'équilibre de l'exécution réciproque du contrat a été complet. A partir de l'inexécution de ses engagements par l'une des parties s'ouvre une nouvelle période. Cette inexécution détruit l'équilibre et fonde pour l'autre partie le droit de résoudre le contrat.

Est-ce que la résolution doit entraîner les mêmes conséquences pour les deux périodes ? Il semble plus simple et plus logique à la fois de ne pas accorder dans cette hypothèse un effet rétroactif à la résolution. Il est plus raisonnable de maintenir la première période pour les raisons indiquées et de résoudre seulement la seconde.

(1) LEPELTIER, *th. cit.*, p. 344.

(2) Voir LEPELTIER, *th. cit.*, pp. 339, ss.

La résolution opérera dans cette hypothèse *ex nunc*. Ses effets se produiront seulement pour l'avenir, mais ne toucheront en rien au passé au cours duquel l'exécution du contrat a été normale et l'équilibre parfait. Comme le dit M. Lepeltier (1) : « La rupture d'équilibre entre les prestations réciproques des partis, l'absence d'équivalent, voilà la raison d'être de la résolution. Tant que le contrat de louage a été exécuté (2) régulièrement, cet équivalent a bien existé. Chacune des parties a obtenu entièrement les prestations sur lesquelles elle pouvait compter et qui l'avaient décidée à contracter. L'inexécution ultérieure du contrat ne vient pas détruire cet équilibre... ». « L'inexécution d'une des obligations synallagmatiques ne rompt l'équilibre qui existe entre elles qu'à partir de l'instant où elle se produit. Elle n'affecte pas les équilibres antérieurs. »

D'ailleurs, il faut remarquer que même si on admettait la résolution pour ce genre de contrats on aboutirait toujours à la solution fournie par la résiliation, mais après des complications et détours inutiles. Car la prestation n'y est pas susceptible de restitution en nature. On ne peut pas restituer à l'ouvrier ou au domestique les services qu'il a prestés. Dans cette hypothèse, on est obligé de se contenter d'une restitution par équivalent. On devrait alors obliger l'ouvrier à restituer la rémunération reçue et le patron à restituer l'équivalent des services reçus... c'est-à-dire une somme d'argent. Or, au lieu d'obliger l'ouvrier à restituer la rémunération et le patron à restituer une valeur égale au service reçu, il est beaucoup plus simple, par une compensation simultanée et réciproque, de permettre à chaque partie de garder ce qu'elle a reçu en ne fournissant rien.

A ces considérations juridiques viennent s'en ajouter d'autres d'ordre pratique (3). Dans l'hypothèse d'un contrat

(1) LEPELTIER, th. cit. p. 345.

(2) La remarque vaut pour tous les contrats à exécution continue.

(3) MÜLLER-EZRBACH, D. J. Z. 1904, p. 1160 ; KRÜCKMANN, *Arch. Ziv. Prax.*, Bd. 101, pp. 1-306.

de livraisons successives (1), les choses fournies pendant des années seront consommées depuis longtemps. Or, vu les dispositions des art. 350 à 353, la résolution sera même exclue par la loi.

Toutes ces considérations sont suffisantes, non seulement pour justifier, mais aussi pour commander l'application de la résiliation et non de la résolution à ce genre de contrat. C'est d'ailleurs la solution que consacre le droit allemand. Dans une série d'articles, le BGB. pose le principe de la résiliation. Ainsi, les art. 553 à 564, pour le bail à loyer et bail à ferme ; l'art. 605, pour le prêt à usage ; les art. 623, 626, pour le contrat des services ; l'art. 671, pour le mandat, etc...

Il convient de remarquer que le droit allemand a su dans tous ces cas distinguer leurs caractéristiques principales. Le contrat n'est pas dissout pour le passé. La notion de rétroactivité n'intervient pas. L'exécution qui a eu lieu dans le passé n'est pas atteinte. Le seul effet commun de la résiliation avec la résolution, c'est que le contrat est anéanti pour l'avenir (2). Donc, dans cette hypothèse, on a plutôt affaire à une dénonciation du contrat. Invoquant une des raisons admises par la loi, l'une des parties dénonce le contrat pour l'avenir. Aussi le terme employé par le droit allemand « Kündigung » signifie, traduit littéralement, dénonciation. Pourtant, il est certain que par « Kündigung » le droit allemand désigne une institution qui n'est autre que la résiliation.

(1) Voir *infra*, n^o 145 s.

(2) STAUDINGER, II, p. 608.

CHAPITRE II

DE LA RÉSILIATION DANS LES CONTRATS A LIVRAISON SUCCESSIVE

224. Un autre contrat dont l'exécution s'étend sur un certain laps de temps est le contrat à exécution successive au sens technique du mot. Ce genre de contrat suppose des exécutions successives et partielles à des échéances échelonnées. En droit allemand, ce contrat porte le nom de « *Sukzessivlieferungsvertrag* », contrat à livraison successive.

C'est un contrat inconnu du droit romain et droit commun dont la théorie a été élaborée par la Cour Suprême (1). Le contrat de livraisons successives est un contrat d'achat de choses de genre.

La livraison de la marchandise a lieu à des échéances échelonnées dans le temps ; et à chaque livraison séparée doit correspondre le paiement corrélatif. On peut dire que le contrat de livraisons successives se compose d'une suite de contrats distincts qui s'exécutent à des échéances échelonnées. Mais le contrat est unique. Il n'y a besoin, pour son existence que d'un seul accord de volonté. Les exécutions aux époques fixées d'avance n'ont pas une vie juridique propre, constituant des contrats indépendants du contrat

(1) MÜLLER, *Der Sukzessivlieferungsvertrag* ; GRUCHOTS B., Bd. 50, p. 508.

général d'exécution successive. Les exécutions successives sont des livraisons partielles, faites dans le cadre de l'exécution d'un contrat général et unique (1).

La jurisprudence (2) refuse la qualité de contrat de livraisons successives à des contrats indépendants conclus par les mêmes parties sur des choses du même genre. L'inexécution d'un tel contrat ne peut pas autoriser le créancier à résoudre les autres (3). Elle refuse cette qualité même à des contrats ayant une dépendance apparente et conclus par des personnes unies par des relations commerciales durables (4).

D'un autre côté, chaque livraison, tout en n'ayant pas qualité de contrat, a une certaine indépendance vis-à-vis des autres. Mais, elle est tout de même un anneau de la chaîne du contrat de livraisons successives. Naturellement, des conflits peuvent surgir entre l'unité du contrat et l'indépendance de chaque livraison.

Supposons qu'un tel contrat, objet d'une exécution fidèle pour les parties jusqu'à un certain point, ne soit plus exécutée par l'une des parties à partir d'une certaine échéance. Le créancier pourra incontestablement faire valoir ses droits, relativement à la prestation due. Conformément à l'art. 326 il pourra fixer au débiteur un délai d'exécution. Une fois ce délai expiré, le créancier aura le droit de refuser la livraison et d'exiger des dommages-intérêts ou la résolution en ce qui concerne la livraison non exécutée.

Sur ce point, tous les auteurs sont d'accord. Les divergences surgissent sur le point de savoir si le créancier peut faire valoir les mêmes droits, relativement aux livraisons prochaines non encore échues. Une partie de la doctrine

(1) SOERGEL, p. 646 ; MÜLLER, art. cit., pp. 510-513.

(2) R. G. in Recht, 1906, n° 2819 ; R. G. in J. W., 1911, p. 216 ; Recht, n° 1107 ; GRUCHOTS, Bd. 55, p. 892.

(3) R. G. in J. W., 1911, p. 216.

(4) R. G. in J. W., 1911, p. 216 ; Recht 1911, n° 1107.

est pour la négative ; elle constitue d'ailleurs la minorité. Düringer-Hachenburg, qui soutiennent cette opinion, estiment que l'art. 326 n'est pas applicable à des livraisons non exigibles. Pour appliquer l'art. 326, il faut que le débiteur soit en demeure (1) ; il est donc absolument nécessaire que l'obligation soit exigible (2). Or, ce n'est pas le cas des livraisons qui devront suivre à des dates échelonnées.

Donc, le créancier peut faire appliquer l'art. 326 en ce qui concerne la livraison échue et inexécutée. Mais cela ne lui donne pas le même droit par rapport aux livraisons qui ne sont pas encore dues (3). Pour pouvoir résilier le contrat entier, le créancier est obligé de prouver qu'à cause d'une exécution partielle (325), il n'a plus d'intérêt aux livraisons à venir.

Jacobi (4) partage cette opinion, mais la justifie d'une manière différente. Se cantonnant dans une interprétation exégétique, il invoque les termes mêmes de l'art. 326. A côté du principe, l'art. 326 inscrit dans son deuxième alinéa une exception (5).

L'inexécution d'une livraison permet au créancier de faire usage de l'art. 326, al. 1^{er}, mais seulement en ce qui concerne la livraison inexécutée. Jacobi (6) estime que pour les livraisons à venir, le créancier doit recourir au deuxième alinéa de l'art. 326 ; c'est-à-dire prouver qu'à cause du retard apporté par le débiteur à l'exécution de la livraison échue, il n'a plus d'intérêt à l'exécution des livraisons à venir. Pourtant, pour des raisons pratiques, il distingue sur ce point le grand commerce du petit et limite la charge de la preuve à ce dernier. Cette preuve, difficile à adminis-

(1) Voir *supra*, n°

(2) Voir *supra*, n°

(3) HACHENBURG, II, p. 10.

(4) JACOBI, *Zur lehre vom Sukzessivlieferungsvertrag*, p. 235.

(5) *Idem.*

(6) *Idem.*

trer, aboutirait pratiquement à priver le créancier du droit de résilier le contrat.

Mais la majorité de la doctrine et la jurisprudence refusent de partager cette opinion restrictive. Pour prouver l'absence de fondement de l'opinion exégétique de Jacobi, Müller (1) procède à l'analyse de l'historique du texte. Selon lui la question avait été discutée lors de la confection du code de commerce des Etats de Prusse. Dans le premier projet, on avait posé la règle que l'extinction du contrat se réfère à la livraison inexécutée chaque fois que l'objet de la prestation est divisible. La commission de Nuremberg a fait passer cette règle dans l'art. 359 HGB. à peu près sans retouche.

Le Reichsoberhandelsgericht (2) ainsi que la Cour Suprême (3) ont élaboré la théorie des contrats de livraison successive en posant des règles précises.

Les tribunaux supérieurs ont considéré que la *mora* d'une livraison entraîne l'application des art. 354 et 355, du Code de commerce, non seulement par rapport à la livraison inexécutée, mais aussi par rapport aux livraisons à venir. Cette solution est conforme à celle qu'avait admise la jurisprudence prussienne à partir de 1849 (4).

Les tribunaux ont réservé l'application de l'art. 359 HGB. à l'hypothèse où l'extinction du contrat s'appliquait aussi au passé, à la partie du contrat déjà exécutée. On doit retenir de cette jurisprudence que la *mora* d'une livraison autorise la résiliation du contrat, donc de toutes les livraisons à venir, non encore échues. Cette jurisprudence s'était maintenue malgré la critique que lui adressait une partie

(1) MÜLLER art. cit., p. 519.

(2) R. O. H. G., Bd. 2, p. 84 ; Bd. 9, p. 59 ; Bd. 13, p. 104 ; Bd. 16, p. 196.

(3) R. G. Z., Bd. 4, p. 54 ; Bd. 13, p. 105.

(4) MÜLLER, art. cit., p. 519.

de la doctrine (1). D'ailleurs le BGB. n'a pas voulu innover en la matière. Dans l'art. 326, le BGB. n'a fait que consacrer les solutions des art. 354, 355 et 359 du HGB. Pour l'interprétation du Code Civil allemand sur ce point on doit suivre la ligne tracée par l'ancienne jurisprudence du Code Commercial.

Donc, la *mora* relative à une livraison permet la résiliation de toutes les livraisons prochaines, sans qu'il soit nécessaire pour le créancier de prouver qu'à cause de la *mora* il n'a plus d'intérêt à l'exécution des livraisons à venir. Cette preuve n'est nécessaire que dans le cas où le créancier poursuit sa résolution, donc la dissolution du contrat pour le passé et la restitution des livraisons déjà effectuées (2).

La même solution est applicable à l'hypothèse où le fournisseur rend impossible l'une des livraisons qu'il devrait effectuer. La doctrine admet que, dans ce cas, le créancier peut exiger des dommages-intérêts ou faire porter les effets de la résolution non seulement sur la livraison rendue impossible par le débiteur, mais sur le contrat tout entier pour toutes les livraisons à venir (3). Dans ce but, le créancier doit, en principe, conformément à l'art. 325, prouver qu'il n'a plus d'intérêt à maintenir le contrat du fait de l'inexécution partielle.

225. On s'est demandé également si le créancier peut faire usage des mêmes droits en raison de livraison partielle défectueuse. Le créancier qui reçoit une livraison défectueuse peut-il résilier tout le contrat ou faire valoir ses droits prévus aux art. 325, 326, seulement par rapport à la livraison défectueuse (4) ?

(1) PAULI, *Neues Arch. für Hand. Recht.*, Bd. 3 p. 167 ; DREYER, GRUCHOTS B., Bd. 7, p. 199 ; LAMPRECHT, *Busch Arch.*, Bd. 26, p. 135.

(2) MÜLLER, art. cit., p. 523.

(3) STAUDINGER, II, p. 505 ; HUECK, *Sukzessivlieferungsvertrag*, p. 141.

(4) MÜLLER, art. cit., p. 529.

Düringer-Hachenburg (1) contestent dans cette hypothèse l'application des principes relatifs à la *mora* (326). Selon eux, en cas de livraison défectueuse, on doit appliquer les principes relatifs à l'impossibilité (325). Ils disent ensuite que, pour pouvoir résilier tout le contrat, il faut d'abord prouver que le fournisseur ne peut livrer que de la marchandise entachée de vices et que, de ce fait, le créancier n'a plus d'intérêt à la prochaine exécution du contrat (2). On s'accorde généralement pour admettre que l'art. 459 BGB. relatif à la garantie des vices, est applicable dans cette hypothèse. Si le contrat a pour objet des choses de genre, le fournisseur, conformément à l'art. 243 du BGB. est obligé de fournir des choses de qualité moyenne. S'il livre de la marchandise d'une qualité inférieure, il est en faute touchant son obligation de fournir des choses d'une qualité moyenne. Conformément à l'art. 480, le créancier, dans ce cas, peut exiger qu'on lui livre de la marchandise de qualité moyenne, ou demander diminution de prix ou réhabilitation.

226. La majorité de la doctrine (3) est d'accord pour autoriser au créancier qui ne reçoit pas la livraison à l'échéance ou reçoit une marchandise de qualité inférieure, à faire valoir les droits de l'art. 326, relativement à toutes les livraisons à venir. Il suffit pour cela d'une déclaration précise en ce sens de la part du créancier qui accomplit les formalités de l'art. 326 (4). Dans le cas d'une déclaration ambiguë, les tribunaux (5) limitent ses effets à la livraison échue.

(1) DÜRINGER-HACHENBURG, III, p. 82.

(2) DÜRINGER-HACHENBURG, III, p. 165, p. 169.

(3) WARNEYER, p. 652 ; STAUDINGER ; SOERGEL, pp. 646-47 ; LABAND, D. I. Z., 1905, p. 569.

(4) WARNEYER, p. 652.

(5) R. G. Z., Bd. 58 p. 419 ; Bd. 61, p. 128 ; R. G. in J. W., 1904, p. 484 ; R. G. in L. Z., 1916, Sp. 803.

La jurisprudence actuelle suivant la ligne tracée par la jurisprudence antérieure a pris depuis longtemps position en faveur de cette opinion. Elle se rend d'ailleurs compte de sa position difficile au point de vue légal. Elle tente de la justifier par des arguments plutôt historiques que juridiques. Ainsi, dans un arrêt (1) assez connu, la Cour Suprême décide que la *mora* d'une livraison permet au créancier de résilier tout le contrat. Après avoir cité la jurisprudence ancienne, elle affirme que la *mora*, « dans un contrat de livraison successive, n'a pas fait l'objet d'une réglementation spéciale dans le BG. Pourtant, comme cela résulte des travaux préparatoires, celui-ci n'a pas entendu innover ». Ensuite, elle combat l'opinion selon laquelle pour accorder un droit de résiliation touchant les livraisons à venir, on doit exiger la preuve de l'absence d'intérêt. La Cour Suprême estime que l'art. 325 qui exige cette preuve, n'est pas applicable, dans cette hypothèse où il ne s'agit pas d'une impossibilité partielle. Enfin, la Cour Suprême estime que la solution accordant un droit de résiliation pour toutes les livraisons à venir, du fait du retard d'une seule livraison, correspond aux exigences de la pratique.

La justification est pauvre en arguments juridiques et riche en arguments de faits. La Cour Suprême a eu soin de ne pas faire valoir un argument de texte qui nous semble décisif. Si l'art. 325 ne s'applique pas, comme elle l'a très bien démontré, il est certain que l'art. 326, 2^e al. s'applique. Or, celui-ci exige la preuve du défaut d'intérêt. Mais la Cour Suprême a pris soin de ne pas le rappeler.

Un peu plus tard, après l'élaboration de la théorie de la « positive Vertragsverletzung », la position de la jurisprudence devient plus facile à défendre. Les contrats à livraison successive sont conclus d'ordinaire pour une assez longue durée. La confiance dans une exacte et fidèle exécution doit être d'autant plus grande. L'inexécution ou la mau-

(1) R. G. Z., Bd. 58, p. 420.

vaie exécution même d'une seule livraison peut être suffisante pour mettre en danger le but contractuel. donc, pour constituer une « positive Vertragsverletzung » (1). Or, dans cette hypothèse, la résiliation peut être poursuivie immédiatement (2), sans recourir au préalable aux formalités de l'art. 326.

La jurisprudence (3) estime que l'inexécution d'une seule livraison est suffisante pour autoriser la résiliation du contrat toutes les fois qu'on peut craindre que le fournisseur (ou l'acheteur) n'exécute pas ponctuellement. La non-exécution en temps utile d'une seule livraison à une grande maison de commerce est suffisante pour justifier un droit de résiliation immédiat (4). La résiliation s'applique à toutes les livraisons à venir (5). Les tribunaux admettent que pour bénéficier de ce droit de résiliation il n'y a pas besoin de faire la preuve d'un intérêt spécial (6).

L'avantage de ce système se fait surtout sentir dans les périodes de baisse précipitée des valeurs (7). Les tribunaux ont admis qu'une livraison entachée de vices constituait une « positive Vertragsverletzung » (8). Dans une telle hypothèse le créancier n'ayant plus d'intérêt aux livraisons suivantes, peut résilier immédiatement le contrat (9). La gravité du vice est une question de fait donnant lieu à appréciation. Un vice tout à fait insignifiant ne peut pas

(1) R. G. Z., Bd. 61, p. 224 ; voir *infra*, n°

(2) R. G. Z., Bd. 57, p. 105 ; Bd. 65, p. 49 ; Warn. E. 17, n° 167 ; R. G. Z. Bd. 18, p. 1207 ; L. Z., 1918, Sp. 1329.

(3) R. G. Warn. Rsp. 21, n° 86.

(4) R. G. Z., Bd. 104, p. 39.

(5) R. G. Z., Bd. 58, p. 419 ; Bd. 61, p. 128 ; R. G. Recht, 1907, n° 1793 ; R. G. Recht, 1923, n° 864.

(6) R. G. in L. Z., 1907, p. 588.

(7) R. G. in Recht, 1924, n° 970 ; 1925, n° 9 ; D. J. Z., 1925, 1035 ; R. G. Z., Bd. 104, p. 39 ; R. G. in L. Z., 1925, Sp. 148 ; R. G. Warn. E., 1925, p. 224 ; R. G. D. R. J., 1925, p. 319.

(8) SOERGEI., p. 647.

(9) R. G. Relht, 1910, n° 2497.

justifier le droit de résiliation (1). Pourtant, même une livraison entachée de vice insignifiant peut justifier la résiliation lorsque, d'après les circonstances, on a la certitude qu'elle va se répéter (2). Les tribunaux (3) ont considéré que la livraison partielle des marchandises entachées de vices ne constitue pas une « positive Vertragsverletzung » lorsque le vendeur déclare et prouve qu'il peut et veut livrer de la marchandise de qualité conforme aux stipulations contractuelles. La jurisprudence considère que la hausse unilatérale et injustifiée du prix comme une « positive Vertragsverletzung » autorisant la résiliation du contrat entier (4). De même la livraison faite à un tiers, en dépit d'une stipulation contractuelle l'interdisant justifie la résiliation du contrat (5). De même encore l'acheteur d'une publication périodique est autorisé à résilier le contrat quand un numéro de la publication ne paraît pas (6).

227. La jurisprudence du BGB. s'est contentée de suivre la ligne tracée par l'ancienne jurisprudence. Pourtant, sa position n'était pas moins difficile. Elle manquait de la base légale de l'art. 326 (sommation, délai, préavis). Or ceci était impossible puisqu'on ne saurait pas sommer un débiteur d'exécuter des livraisons non échues. De même, le deuxième alinéa de cet article n'est applicable qu'au cas où on prouve que, du fait de l'impossibilité partielle ou du retard, on n'a plus d'intérêt aux exécutions à venir. Aussi, la jurisprudence, au lieu de motiver juridiquement sa position, préfère-t-elle la justifier par la tradition historique.

(1) R. G. Z. Bd. 63, p. 297 ; POHL, *Bierlieferungsvertrag*, p. 47.

(2) R. G. Recht, 1909, n° 493.

(3) R. G. Recht, 1907, n° 1794.

(4) R. G. Recht G., 1909, n° 22 ; R. G. in L. Z., 1909, Sp. 682 ; R. G. in L. W., 1908, p. 325 ; Recht, 1908, p. 1492.

(5) R. G. D. J. Z. 1910, p. 80.

(6) R. G. Recht, 1906, n° 780.

L'admission de la résiliation dans de pareilles hypothèses était commandée par l'équité et par les nécessités pratiques. Le système légal allemand s'avérait une fois de plus étroit et peu satisfaisant. Les tribunaux préféraient passer outre pour rendre des arrêts convenant mieux aux besoins de la pratique. Ils préféraient courir le risque d'être en contradiction avec les termes exprès de la loi et pouvoir ainsi rendre des solutions équitables. D'ailleurs ces arrêts étaient conformes à la tendance extensive de la jurisprudence qui tendait à bâtir un système large et équitable en brisant au besoin le cadre, trop étroit de la loi. Aussi a-t-on vu d'un bon œil la Cour Suprême adopter la théorie de la « positive Vertragsverletzung ». La théorie de la « positive Vertragsverletzung » est elle-même une construction prétorienne. Du moins, grâce à elle, la théorie de la résiliation en matière de contrat à livraisons successives, a pris une forme cohérente et ordonnée.

DEUXIEME PARTIE
DES EFFETS
DE L'OPTION DU CRÉANCIER
LORSQU'ELLE PORTE
SUR LES DOMMAGES-INTÉRÊTS
POUR INEXÉCUTION

Une fois l'exécution en nature exclue, le créancier obtient, grâce aux art. 325, 283, 326 un droit d'option. Les principaux droits sur lesquels porte le choix du créancier sont la résolution et les dommages-intérêts pour l'inexécution. Dans le système allemand ces alternatives s'excluent réciproquement ; le créancier ne peut pas les cumuler.

Le créancier qui déclare la résolution anéantit le contrat. Cela signifie qu'il renonce à recevoir la prestation de son cocontractant, mais que de son côté aussi, il est libéré de son obligation.

228. Voyons maintenant ce qu'il advient du contrat lorsque le créancier a opté pour les dommages-intérêts pour inexécution. Cette question a soulevé dans la doctrine allemande une discussion très vive, parce que le BGB., après avoir réglé minutieusement la résolution et ses effets, a laissé dans l'ombre le problème des dommages-intérêts pour

inexécution. Deux théories opposent leurs arguments pour justifier des conclusions différentes.

Selon la « Théorie de l'Echange » (Austausch, Surrogations theorie), le rapport contractuel, dans son ensemble, continue d'exister. On doit seulement substituer des dommages-intérêts à la prestation du débiteur, devenue impossible en fait (art. 325) ou juridiquement (art. 283 et 326). Le contrat ainsi modifié du fait de l'impossibilité, continue d'exister et doit être exécuté. Le créancier recevra des dommages-intérêts au lieu de la prestation qui lui est due, mais, de son côté, il sera obligé d'exécuter son obligation dans la forme prévue. Cette théorie tire son nom du fait que les prestations doivent s'échanger comme dans tout contrat synallagmatique. Elle s'appelle aussi « Surrogations Theorie » parce qu'à l'exécution d'une des prestations se substitue une valeur de remplacement.

A l'opposée on trouve la « Théorie de la Différence » (Differenztheorie). Selon cette théorie, le contrat synallagmatique tout entier avec la prestation et la contre-prestation se transforme en une prétention unilatérale aux dommages-intérêts que fait valoir partie de bonne foi à l'encontre de celle qui est coupable (1). Au lieu d'obliger le créancier à effectuer sa prestation et le débiteur à verser des dommages-intérêts pour le total, il semble plus simple de dispenser le créancier d'exécuter son obligation et d'obliger le débiteur à payer seulement la différence entre la valeur des dommages-intérêts pris dans leur ensemble et celle de la prestation du créancier. Le créancier n'a rien à fournir ; le débiteur doit payer seulement la différence entre les deux valeurs indiquées. Le contrat se trouve ainsi transformé en une créance unilatérale du créancier sur le bénéfice net.

Il n'est pas indifférent d'adopter l'une ou l'autre de ces

(1) SCHOLLER, GRUCHOTS, Bd. 45, p. 611 ; MÜLLER, art. cit., p. 545.

théories. Avec W. Kisch (1) on peut mettre en évidence quelques points :

a) Dans un contrat, dont l'objet ne consiste pas en une somme d'argent, le créancier doit, selon la première théorie, effectuer la prestation en nature. Dans la seconde, il n'a le droit d'exiger que la différence entre la valeur des dommages-intérêts substitués à la prestation du débiteur et la valeur de sa propre prestation qu'il n'est plus tenu d'exécuter en nature.

b) Si l'objet du contrat consiste en une somme d'argent, on aboutit, dans les deux théories, au paiement d'une différence en argent. Pourtant, le raisonnement qui conduit au même résultat est différent. Selon la première théorie, la compensation est à recommander mais elle n'est pas nécessaire. Selon la seconde, la compensation est obligatoire.

c) Selon la « Théorie de l'échange » les deux prestations (la prestation et les dommages-intérêts) se trouvent dans un rapport synallagmatique auquel les art. 323-327 du BGB. sont applicables. Suivant la « Differenztheorie », ces articles ne s'appliquent pas, on est en présence d'une simple obligation unilatérale.

d) Si des garanties spéciales ou des cautions ont garanti l'exécution des prestations, elles continuent à garantir la prestation du créancier selon la première théorie. Suivant la seconde, elles sont libérées et ne répondent que de la différence.

(1) Wilhelm KISCH, *der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen*, Ih. J., Bd. 44, pp. 70-74.

CHAPITRE PREMIER

SOLUTIONS PROPOSÉES PAR LA DOCTRINE

SECTION PREMIÈRE

THEORIE DE LA DIFFÉRENCE

229. En l'absence de tout texte légal consacrant expressément ou implicitement, mais sans équivoque, l'une ou l'autre de ces théories, les auteurs ont employé les arguments les plus divers pour les justifier.

Les partisans (1) de la « Théorie de la Différence » invoquent d'abord des arguments de tradition légale et jurisprudentielle en liaison avec l'ancien Code de Commerce et avec la jurisprudence de la Cour Commerciale supérieure de l'Empire (Reichsoberhandelsgericht). De même que le BGB., l'ancien Code de Commerce accordait à la partie de

(1) SCHREIER, *Die Lehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs von den gegenseitigen Verträgen*, p. 38 ; OSWALT, *D. J. Z.*, Bd. 4, p. 214 ; SCHÖLLER, *Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB.* Gruchot's Beiträge, Bd. 44, p. 603 ; Bd. 45, p. 511 ; COSACK, *Lehrbuch der Bürgerlichen Rechts*, p. 336 ; *Lehrbuch des Handelsrechtes*, p. 207 ; FLECK, *Köhler's Arch.*, Bd. 12, p. 253 ; FRANKENBÜRGER, *Zum Lehre vom Kaufvertrag nach Bürgerlichem und Handelsrecht*, Seuff. Bl., p. 416 ; STAUB, *Kommentar Zum HGB.*, Zum, art. 374 ; *Denkschrift zum HGB.*, p. 236 ; MÜLLER, *Recht*, 1905, p. 545 ; BECHMANN, *Kauf*, II, p. 197 ; LITTMANN, *op. cit.*, p. 43 ; KRAHMER, *op. cit.*, p. 56.

bonne foi un droit d'option. Selon le Code de Commerce, le vendeur, au cas de retard du paiement par l'acheteur, pouvait vendre à un tiers l'objet du contrat. Le vendeur réalisait ainsi une « *Selbsthülfeverkauf* ». Ensuite il pouvait se retourner contre l'acheteur qui avait retardé le paiement et exiger de lui la différence entre le prix prévu au contrat et celui qu'il avait réellement obtenu, en supposant ce dernier inférieur. Donc, d'après le HGB., la partie de bonne foi, qui avait en cas d'inexécution du débiteur choisi des dommages-intérêts pour inexécution, recevait la différence de valeur entre les dommages-intérêts et sa propre prestation dont il était déchargé. La Cour Commerciale supérieure de l'Empire (1) avait, d'une manière constante, dispensé le créancier d'exécuter son obligation contractuelle dans le cas où l'exercice de son option avait porté sur les dommages-intérêts pour inexécution.

L'acheteur peut également acquérir d'un autre commerçant la marchandise que le vendeur tarde à lui livrer. L'acheteur effectue ainsi un « *Deckungskauf* ». Il peut ensuite se retourner contre le vendeur pour exiger la différence entre le prix prévu au contrat et celui auquel il a réellement acheté (2).

Le même principe a été repris par le nouveau Code de Commerce, qui le consacre d'une manière expresse dans l'art. 376 al. 2. Cet article dispose que les dommages-intérêts (en cas d'inexécution) consistent dans la différence entre le prix indiqué au contrat et le prix coté en Bourse, toutes les fois qu'un marché devant être exécuté à jour fixe (*Fixgeschäft*) vise des marchandises cotées en Bourse. Adoptant les conclusions de cette théorie, la Cour (3) Supérieure commerciale de l'Empire avait autorisé l'acheteur

(1) R. O. H. G., Bd. 9, p. 118 ; Bd. 7, pp. 407-408 ; BOLZE, Bd. 7, n° 596.

(2) R. O. H. G. Bd. 20, p. 223 ; Bd. 24, p. 196 ; *Puchelt's Zeitschrift*, Bd. 7, p. 354.

(3) *Puchelt's Zeitschrift*, Bd. 7, p. 354, décision du 13 mai 1875.

de bonne foi à exiger la restitution du prix qu'il avait acquitté, s'il optait en faveur des dommages-intérêts pour inexécution.

Les auteurs (1) estiment que les solutions consacrées par l'ancienne jurisprudence ainsi que par les Codes de Commerce sont valables aussi pour le BGB. D'ailleurs le BGB. ne contient aucune disposition écartant cette théorie d'une manière expresse ou même implicite. Bien plus, le BGB. fournit certains arguments indirects en faveur de la Théorie de la Différence. Ainsi, l'art. 323 du BGB. pose le principe de la libération du créancier au cas d'inexécution de la part du débiteur quand elle est due à la force majeure (2). Les articles 325, 283, 326 ne la mentionnent pas au cas d'impossibilité fautive du débiteur. Mais si le créancier choisit la résolution, sa libération résulte nécessairement des effets qu'entraîne cette institution.

Malgré le silence du législateur il faut admettre la libération du créancier même dans l'hypothèse où son option porte sur les dommages-intérêts. Car si on considère que le créancier n'est pas libéré, on permet au débiteur d'exiger l'exécution en nature et par là même on lui attribue en cas d'inexécution fautive plus de droit qu'il n'en possède en cas d'inexécution fortuite. C'est un résultat que le législateur n'a certainement pas voulu. Un autre argument est fourni par l'art. 326 al. 1^{er} selon lequel « après l'expiration du délai... la prétention à exécution est exclue ». Les auteurs qui soutiennent la Théorie de la Différence estiment que cette décision s'applique à tout le contrat, donc aussi à l'obligation du créancier qui, devenue impossible, ne peut plus s'effectuer en nature.

Ces mêmes auteurs (3) déduisent de l'art. 326 al. 2 un

(1) SCHÖLLER, *der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB.* ; Gruchot's Beiträge, Bd. 44, pp. 627 et suiv.

(2) SCHÖLLER, *op. cit.*, p. 613.

(3) SCHÖLLER, *op. cit.*, p. 621.

dernier argument de logique juridique en faveur de leur opinion. Cet alinéa permet à la partie de bonne foi d'exercer son droit d'option toutes les fois qu'elle n'a plus d'intérêt à l'exécution du contrat en raison de la demeure. L'absence d'intérêt à l'exécution peut être relative à l'échange des prestations ou seulement à l'exécution de sa propre prestation. Or, si on oblige le créancier à exécuter sa prestation en nature, pour lui reconnaître le droit d'exiger des dommages-intérêts, on l'oblige implicitement à faire un acte qui ne présente pas d'intérêt pour lui. Le créancier qui exige des dommages-intérêts en raison du défaut d'intérêt à l'exécution en nature dû au retard du débiteur, désire précisément être dispensé d'exécuter sa propre prestation en nature.

Il résulte que le créancier qui exige des dommages-intérêts pour inexécution est dispensé d'exécuter sa propre prestation. Il s'opère une sorte de compensation avec les dommages-intérêts jusqu'à concurrence de la valeur de sa prestation. Le contrat synallagmatique est ainsi transformé en une prétention unilatérale du créancier à la différence. Le créancier peut obtenir la restitution de sa prestation s'il avait déjà exécuté. Cette solution diffère de la résolution en ce sens que la restitution n'a pas lieu conformément aux articles 346 et 347, mais selon le principe de l'enrichissement sans cause (1). Les dommages-intérêts se substituent à l'exécution en nature des deux obligations du contrat. C'est-à-dire que le débiteur doit restituer la prestation déjà reçue, comme manquant de base juridique.

Selon la Théorie de la Différence le créancier a donc le droit « non seulement de refuser d'exécuter sa prestation en nature, mais encore la faculté de restituer la prestation en nature déjà effectuée » (2).

(1) SCHÖLLER, art. cit., loc. cit.

SECTION II

THEORIE DE L'ÉCHANGE

230. Mais l'opinion précédente n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Tout un groupe d'auteurs (1) soutient le point de vue opposé, celui de la « Théorie de l'échange ». Ces auteurs commencent par critiquer la théorie précédente. Ils admettent que l'art. 376 al. 2 du Code de Commerce consacre la Théorie de la Différence pour les contrats portant sur des objets cotés en bourse. Mais, selon eux, cette disposition n'est applicable au Code Civil ; elle ne contribue pas davantage pour l'interprétation de celle-ci (2). Les dispositions du HGB. ne s'imposent pas pour le BGB ; elles s'expliquent en effet par les besoins spéciaux du commerce et par la rapidité d'exécution qu'il exige (3).

Le fait qu'une des prestations d'un contrat synallagmatique devient impossible n'empêche pas l'autre de continuer à exister. La meilleure preuve en est fournie par l'art. 323 d'après lequel si le créancier « exige remise de la réparation acquise en équivalent de l'objet dû ou cession

(1) STAUDINGER, *op. cit.*, p. 476 ; OERTMANN, *op. cit.*, p. 281 ; OERTMANN, *Die Vorteilausgleichung beim Schadenersatzanspruch*, p. 52 ; DERNBURG, *Burg. Recht*, Bd. 11, pp. 210, 215 ; ENDEMANN, *Lehrbuch des Burg. Recht*, Bd. 1, p. 538 ; ENECCERUS-LEHMANN, *Burgen. Recht*, p. 437 ; PETRI, *Gewährleistung*, p. 69 ; GÖTTE, *D. J. Z.*, p. 328 ; ADLER, *Arch. Burg. Recht*, Bd. 17, p. 140 ; KAUFMANN, *D. J. Z.*, Bd. 4, p. 152 ; TITZE, *op. cit.*, p. 184 ; KLEINEDÄMM, *op. cit.*, pp. 144-149 ; W. KISCH, *Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen*, *Ih. J.*, Bd. 44, pp. 68-142 ; KISCH, *Unmöglichkeit*, p. 132 ; RIEZLER, *Werckvertrag*, p. 121 ; EMERICH, *Kauf und Wercklieferung vertrag*, p. 86 ; MATHIAS, Bd. 1, p. 393 ; LEHMANN-RING, *Kommentar zum HGB.*, Bd. 11, p. 114 ; SCHÖLLMEYER, v. TUHR, *D. I. Z.*, 1904, p. 759 ; JACOBI, *Schadenersatz wegen Nichterfüllung*, *Diss.*, 1902 ; MAYER, *Verhandlungen des 27 Deutschen Juristentages*, Bd. 11, p. 167.

(2) STAUDINGER, p. 478.

(3) OERTMANN, *op. cit.*, p. 281.

de la prétention à réparation, il reste obligé à la contre-prestation ». Donc, le contrat continue d'exister malgré qu'une des prestations se trouve transformée. Un autre exemple en ce sens nous est fourni par l'art. 473 du BGB, qui permet au débiteur d'une prestation devenue partiellement impossible, de l'effectuer et de compléter le surplus en argent quand le créancier ne peut pas réduire corrélativement sa prestation.

Kisch (1) en déduit qu'un contrat synallagmatique ne s'éteint pas par le fait que l'obligation du débiteur devient impossible ; « la loi fait valoir clairement qu'en principe l'obligation du créancier dure aussi longtemps que du côté du débiteur il existe une obligation, cette dernière eût-elle changé de contenu ». Le but du contrat synallagmatique consiste dans l'échange des biens et non dans l'échange de valeurs. Or ce but n'est pas compromis si une des prestations se trouve remplacée. Le créancier qui n'a pas intérêt à une telle prestation, peut déclarer la résolution et se délier ainsi du contrat. Or, la Théorie de la Différence va à l'encontre de ce but, du moment qu'elle oblige le créancier à faire abstraction de l'échange des biens et à se contenter d'une somme d'argent (2).

La Théorie de la Différence part de l'idée que si une des obligations dérivant d'un contrat synallagmatique devient impossible, l'autre est sans objet. Ainsi l'impossibilité fautive et la demeure entraînent une extinction du rapport synallagmatique. L'extinction se produit *ipso facto* au moment de l'impossibilité d'exécuter ou de l'expiration du délai et sans qu'il soit besoin d'une déclaration expresse du créancier (3). Mais cette conception est fautive. Car « si le créancier, dans le cas de l'art. 325, est libéré *ipso jure* de sa contre-prestation, on ne peut comprendre comment la

(1) W. KISCH, *op. cit.*, pp. 78 s.

(2) W. KISCH, *op. cit.*, p. 84.

(3) SCHÖLLER, Gruchot's Beiträge, Bd. 45, p. 524.

loi peut encore parler d'une résolution spéciale et différente » (1). C'est précisément parce que la loi a établi une alternative, les dommages-intérêts ou la résolution, que l'extinction définitive du rapport synallagmatique ne peut être produite *ipso jure* par l'impossibilité ou le retard d'exécution. Pour que l'extinction s'effectue, il faut que le créancier déclare expressément la résolution. Les partisans de la Théorie de la Différence tirent assurément de l'art. 326 al. 2 un argument insidieux. Selon ces auteurs, ce serait au plus haut point illogique d'obliger le créancier à exécuter la contre-prestation quand il exige précisément des dommages-intérêts parce qu'il n'a plus d'intérêt à l'exécution. Kisch (2) répond que tout en n'ayant plus d'intérêt à l'échange des prestations contractuelles, le créancier pourrait avoir intérêt à l'échange de sa prestation contre celle d'une somme d'argent. W. Kisch (3) ajoute que cette formule de l'art. 326 du BGB. : « la prétention à exécution est exclue après l'expiration du délai », se réfère seulement à la prestation du débiteur et ne concerne pas celle du créancier. Les dommages-intérêts ne se substituent pas à l'ensemble du contrat, car l'inexécution se réfère seulement à la prestation du débiteur.

231. Les partisans de la Théorie de l'échange estiment que l'inexécution d'une des obligations contractuelles peut entraîner une double conséquence : l'extinction du contrat par la résolution ou son maintien avec l'octroi des dommages-intérêts. Il est certain que selon le BGB. « les deux termes de l'alternative : la résolution et dommages-intérêts s'excluent réciproquement » (4). D'ailleurs, sur ce point, il ne peut y avoir de doute, car en dehors de la formule de

(1) W. KISCH, *op. cit.*, p. 87.

(2) W. KISCH, *op. cit.*, p. 94.

(3) W. KISCH, *op. cit.*, p. 96.

(4) W. KISCH, *op. cit.*, p. 110.

la loi qui est disjonctive et non cumulative, il y a les *Motifs* qui reproduisent d'une manière aussi claire que possible la conception du législateur, en affirmant expressément que « la résolution et la prétention à la réparation des dommages résultant du contrat s'excluent réciproquement » (1). Les art. 325 et 326 du BGB. ont eu comme modèle les art. 354 et suivants du Code de Commerce. Or, le nouveau Code de Commerce consacre lui-même cette solution. Il est d'ailleurs en plein accord avec l'ancien Code de Commerce ainsi qu'avec l'ancienne jurisprudence (2). La réglementation du BGB. s'inspire de l'idée que l'exécution fautive du débiteur doit mettre le créancier, soit dans la situation où il était déjà, si le contrat n'avait pas été conclu, soit dans la situation équivalente à celle où il devrait être si le contrat s'exécutait normalement (3). La première hypothèse correspond à la résolution, donc à l'extinction du contrat ; la seconde aux dommages-intérêts pour inexécution, donc au maintien du contrat. L'opposition entre les deux termes de l'alternative est encore plus grande dans le cas où le créancier a déjà exécuté son obligation. Cette prestation doit être restituée s'il opte pour la résolution ; elle doit être maintenue s'il exige des dommages-intérêts pour inexécution.

Le principe qui interdit le cumul de la résolution et des dommages-intérêts n'admet que deux exceptions. D'abord l'art. 467 du BGB. permet à l'acheteur d'opter pour la réhabilitation (pour vice de la chose achetée) et d'exiger en même temps du vendeur le remboursement des frais du contrat. L'art. 628 fournit la seconde exception, en matière de contrat d'ouvrage ; il dispose, dans son deuxième alinéa que « lorsque la dénonciation (4) est autorisée par la

(1) *Motifs*, Bâ. 11, p. 211.

(2) R. O. H. G., Bd. 17, p. 423 ; R. G. in J. W., 1896, p. 235 ; O. L. G., 1885 in *Annalen des Gerichtes*, 1886, p. 464.

(3) W. KISCH, *op. cit.*, p. 111.

(4) Résiliation.

conduite contraire au contrat de l'autre partie, celle-ci est obligée à réparation du dommage qui résulte de la suppression du rapport de services ». Le BGB. ayant pris soin dans ces cas d'autoriser spécialement le cumul, on peut en déduire que cette solution est exceptionnelle. On reconnaît d'une manière à peu près générale que l'art. 628 al. 2 d'une part, et les art. 325, 326 du BGB. de l'autre, reposent sur des bases toutes différentes. Les motifs (1) relèvent spécialement que dans les deux cas la solution est différente ; ceci n'implique pas une contradiction, puisque les deux solutions se réfèrent à des hypothèses différentes.

Donc, d'après la conception du BGB., la résolution et les dommages-intérêts pour inexécution ne sont pas conciliables et ne peuvent se cumuler ; or, la Théorie de la Différence aboutit à un résultat pratique contraire. Car si on permet au créancier qui exige des dommages-intérêts de conserver sa prestation et de ne pas exécuter son obligation, on lui permet implicitement de se dégager unilatéralement du lien contractuel. C'est-à-dire qu'il résout le contrat et qu'il exige en même temps des dommages-intérêts. La Théorie de la Différence qui permet au créancier de ne pas exécuter son obligation et d'exiger des dommages-intérêts quand même entraîne avec évidence le cumul des « deux termes de l'alternative que les art. 325 et 326 ne voulaient attribuer qu'isolément » (2). Si cette solution était exacte le créancier ne déclarerait jamais la résolution mais exigerait toujours des dommages-intérêts pour inexécution. Lui donner l'option entre la résolution seule et la résolution avec dommages-intérêts, reviendrait à le faire choisir entre 50 et 100 (3). La résolution devient ainsi complètement superflue. On ne voit pas pourquoi une déclara-

(1) *Motive*, Bd. 11, p. 211 et p. 470.

(2) W. KISCH, *op. cit.*, p. 117 ; KISCH, *Unmöglichkeit*, p. 133 ; OERTMANN, *Vorteilsgleichung*, p. 58 ; EMERICH, *op. cit.*, p. 86 ; LEHMANN-FING, *Kommentar zum HGB.*, p. 131.

(3) OERTMANN, p. 281.

tion de résolution serait encore nécessaire si de toute façon le contrat était résolu.

L'application de la Théorie de la Différence conduit à un résultat illogique au cas où le créancier avait déjà effectué sa prestation ; le débiteur devant la restituer selon les règles de l'enrichissement sans cause. Conformément à l'art. 818 alinéa 3, l'obligation à restitution « est exclue dans la mesure où le bénéficiaire n'est plus enrichi ». Dans une pareille hypothèse, si on applique la Théorie de la Différence, le créancier en sera réduit à demander seulement la différence entre la valeur de sa prestation et celle des dommages-intérêts et sera privé de sa prestation, à laquelle il avait droit.

232. Ajoutons que les partisans de cette seconde théorie sont disposés à faire certaines concessions aux auteurs qui défendent la Théorie de la Différence. Ainsi ils admettent que les obligations réciproques peuvent éventuellement se liquider par le paiement d'une différence (1). Seulement cette solution consiste dans un procédé de compensation, employé pour éviter des complications inutiles. La solution est recommandée et non imposée comme dans la théorie de la différence.

Cette formule de conciliation entre les deux théories extrêmes constitue une troisième théorie qui s'appelle la « Théorie de la Différence dans sa forme adoucie » (*Differenztheorie in abgeschwächter Form*) (2). Selon cette théorie le créancier qui en principe a droit seulement à la différence peut tout de même, quand il le préfère, exécuter son obligation pour recevoir des dommages-intérêts com-

(1) OERTMAN, p. 281.

(2) KIPP, *Verhandlungen des 27 Deutschen Juristentages*, Bd. 1, p. 269 ; WARNEYER, *Kommentar zum BGB.*, Bd. 1, Bem. 111 zum 325 ; ECKSTEIN, *Arch. Burg. Recht*, Bd. 37, p. 390, voir aussi STAUDINGER, p. 477.

plets. Donc, cette théorie attribue au créancier un droit d'option entre la première ou la seconde des théories exposées, dans le cas spécial où il avait déjà exécuté son obligation. Il semble que la jurisprudence accorde au créancier ce droit (1).

(1) Voir *infra*, n° 234.

CHAPITRE II

SOLUTIONS DE LA JURISPRUDENCE

233. D'ailleurs toutes ces discussions sont périmées. La jurisprudence a fait depuis longtemps son choix. Dans l'important arrêt du 11 avril 1902 (1) que nous allons reproduire en détail, la Cour Suprême a adopté la Théorie de la Différence.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un acheteur qui avait acquis en 1900, pour un certain prix, une quantité de pétrole livrable pendant les mois d'août et de septembre. Le paiement devait suivre la livraison. Au mois de juillet le vendeur l'avertit (ainsi que tous ses créanciers) qu'il se trouve dans l'obligation de suspendre ses paiements, et manifeste en même temps le désir de s'arranger à l'amiable. L'acheteur répond en déclarant la résolution du contrat. Le vendeur lui conteste ce droit. Plus tard il fixe un délai de trois jours pour la fourniture de la livraison du mois d'août. A l'expiration du délai il exige des dommages-intérêts pour inexécution.

La même chose se reproduit pour la livraison de septembre. Le vendeur exige alors la différence entre le prix établi au contrat et celui du marché au moment où les livraisons refusées par l'acheteur devaient être effectuées. La Cour Suprême consacre cette solution.

(1) R. G. Z., Bd. 50, p. 262.

La Cour Suprême commence par constater que dans la doctrine il y a plusieurs opinions en ce qui concerne les dommages-intérêts. « Selon une première opinion, si dans un contrat synallagmatique, une partie est en demeure, l'option en faveur des dommages-intérêts pour inexécution basés sur la demeure du débiteur, n'efface pas tout le contrat synallagmatique, mais seulement l'obligation du débiteur qui existait avant le retard. A cette obligation se substitue celle d'une réparation... » Le rapport contractuel demeure inchangé, en outre le créancier est obligé d'exécuter son obligation pour recevoir tous les dommages-intérêts. « Au contraire, selon la deuxième opinion, la prétention aux dommages-intérêts pour inexécution ne peut être en aucun cas une prétention à l'exécution ; bien plus, quand le vendeur a choisi les dommages-intérêts pour inexécution, la prétention à l'exécution est exclue comme en dispose expressément la loi dans l'art 326 al. 1^{er} ; ainsi l'acheteur ne peut plus prétendre à l'exécution exclue, car le vendeur n'est tenu d'exécuter que lorsque l'autre partie exécute de son côté. Si l'acheteur qui se trouve en demeure n'exécute pas dans le délai, et si le vendeur choisit des dommages-intérêts pour inexécution, le contrat de vente se trouve inexécuté par la faute de l'acheteur et le vendeur peut demander la réparation du dommage que lui a causé l'inexécution du fait de l'acheteur. »

« Le Reichsgericht adopte cette deuxième opinion » et admet que dans cette hypothèse « aux obligations contractuelles initiales des deux parties, se substitue une prétention à la réparation du dommage du vendeur contre l'acheteur ». La Cour voit un argument en faveur de son interprétation dans le fait que le HGB., modèle du BGB., a adopté la même solution. On ne doit pas admettre une dualité de solutions quand le droit civil et le droit commercial règlent la même matière.

Enfin la Cour Suprême repousse l'objection suivant laquelle la Théorie de la Différence permettrait le cumul de

la résolution et des dommages-intérêts. Car, dit-elle, « la résolution éteint le contrat, tandis que les dommages-intérêts le ramènent à une prétention unilatérale aux dommages-intérêts » (1).

Pourtant la Cour Suprême reconnaît que dans tous les cas où les parties n'ont exécuté ni l'une ni l'autre leurs obligations « la différence économique entre l'option des dommages-intérêts pour inexécution et celle de la résolution consiste seulement en ce que dans le premier cas le vendeur aurait aussi droit à une réparation du dommage, droit dont il serait privé dans l'autre cas ; aussi dans tous ces cas un droit de résolution serait-il économiquement et juridiquement superflu. Mais cette considération ne convient plus au cas où le vendeur a déjà effectué une partie de sa prestation... ».

Postérieurement, dans son arrêt (2) du 23 février 1904, la Cour Suprême confirme son point de vue et reprend son argumentation. Le vendeur qui choisit les dommages-intérêts pour inexécution après l'expiration du délai ne peut plus obliger l'acheteur à payer le prix en échange de la marchandise ; le rapport contractuel se trouve transformé en une prétention unilatérale du vendeur à la réparation du dommage causé par l'inexécution.

Dans une autre espèce (3) il s'agissait d'un acheteur qui refusait de recevoir la seconde moitié de la marchandise achetée. Le vendeur, après l'expiration du délai convenable qu'il a fixé pour la reprise de la marchandise, exige à titre de dommages-intérêts pour inexécution la différence entre le prix prévu au contrat et celui du marché au moment de la livraison. La Cour Suprême oblige l'acheteur au paiement de la différence.

Pourtant les Cours d'Appel n'admirent pas volontiers ce

(1) Cet argument n'a aucune valeur ; il est un simple jeu de mots.

(2) R. G. Z., Bd. 57, p. 108 ; Dans le même sens, R. G. Z., Bd. 58, p. 177.

(3) R. G. Z., Bd. 60, p. 546.

point de vue, et la Cour Suprême dut intervenir pour les y obliger, et pour rendre ainsi la jurisprudence uniforme. Dans une de ces espèces (1), l'acheteur avait refusé d'accepter le bois acheté pour le motif qu'il ne correspondait aux stipulations contractuelles ni en qualité, ni en quantité. Le vendeur avait fixé un délai convenable à l'acheteur pour prendre livraison de la marchandise et pour le paiement du prix. Après l'expiration du délai il vendit le bois aux enchères et exigea de l'acheteur la différence entre le prix obtenu et celui stipulé au contrat. L'acheteur refusa pour le motif qu'aux termes du contrat c'était à un arbitre qu'il appartenait d'établir dans quelle mesure la marchandise offerte ne correspondait pas aux stipulations contractuelles. La Cour d'Appel admit ce point de vue, car, selon elle, « le choix des dommages-intérêts pour inexécution n'a pas l'effet qu'aurait la résolution d'éteindre les obligations fondées par le contrat qui continue d'exister... ». La Cour Suprême cassa cet arrêt et renvoya l'affaire devant une Cour d'Appel, estimant que par l'exercice de l'option tout le contrat se transforme en une prétention unilatérale du créancier à la « différence ».

Aujourd'hui la jurisprudence qui a adopté la théorie de la différence maintient sa position. Dans tous les arrêts (2) rendus en la matière, la Cour Suprême ne fait que rappeler les arguments déjà exposés. Signalons un de ces arrêts qui résume à merveille la théorie de la jurisprudence. Dans cet arrêt (3) le Reichsgericht affirme qu'« il y a maintenant dans la jurisprudence un principe ferme touchant les contrats synallagmatiques ; selon ce principe la partie de bonne foi qui, en cas de demeure de l'adversaire, a choisi des dommages-intérêts pour inexécution demande non des

(1) R. G. Z., Bd. 61, p. 351.

(2) Dans le même sens, R. G. Z., Bd. 102, p. 60 ; Bd. 96, p. 20 ; Bd. 83, p. 281 ; R. G. in Recht, 1908, n° 708 ; R. G. in J. W., 1913, p. 595, etc...

(3) R. G. Z., Bd. 66, p. 67.

des dommages-intérêts au lieu de la prestation due, mais des dommages-intérêts en remplacement de la prestation et de la contre-prestation » (c'est-à-dire la différence entre les valeurs des prestations contractuelles qu'on n'exécute pas).

« Les dommages-intérêts pour inexécution consistent dans une transformation du rapport contractuel synallagmatique et non seulement (dans une transformation) des parties constituant le rapport contractuel. Car les prétentions des deux parties se conditionnent réciproquement. Si la prétention à exécution de la partie qui n'est pas en retard est exclue par le retard du débiteur, comme il est décidé d'une manière expresse dans l'art. 326, celle-ci a comme résultat nécessaire aussi d'exclure la prétention à exécution du retardataire, car celui qui est en retard ne doit exécuter que si son adversaire exécute pour sa part. »

234. D'ailleurs la jurisprudence permet au créancier de choisir lui-même la solution qu'il préfère au cas où il avait déjà exécuté son obligation. Ainsi le créancier peut, s'il le désire, maintenir la prestation qu'il a déjà effectuée et exiger des dommages-intérêts pour le tout. Il peut au contraire exiger la restitution de sa prestation et demander, comme dommages-intérêts, seulement la différence de valeur existant entre sa prestation et l'ensemble des dommages-intérêts. En permettant au créancier dans ce cas de choisir librement la solution qui lui convient, la jurisprudence a fait preuve d'une vue exacte des besoins de la pratique. Il eût été injuste de lui imposer l'une ou l'autre des solutions au risque de nuire à ses intérêts légitimes. Mais en adoptant dans cette hypothèse la Théorie de la Différence dans sa forme adoucie (1), la jurisprudence a jeté un certain doute sur la légitimité de son attitude prise dans toutes les autres

(1) R. G. Z., Bd. 50, p. 262 ; Bd. 57, p. 106 ; Bd. 58, p. 177 ; Bd. 60, p. 347 ; Bd. 83, p. 281 ; Bd. 102, p. 62 ; R. G. in J. W., 1905, p. 686 ; J. W., 1917, p. 517 ; Warn., 1917, n° 135 ; etc.,

hypothèses. La Cour Suprême a rejeté la Théorie de l'Echange et a accepté celle de la Différence, non par simple opportunisme, mais parce que cette théorie correspond à la conception du BGB., ce qui n'est pas le cas pour l'autre. En permettant cependant au créancier d'invoquer parfois la Théorie de l'Echange, la jurisprudence fait preuve d'un certain opportunisme et non d'une rigoureuse attitude scientifique. Car ce n'est pas faire preuve d'un illogisme flagrant que de rejeter la Théorie de l'Echange comme n'étant pas conforme au BGB. et de l'admettre pourtant quelquefois. La jurisprudence fait naître ainsi des doutes sur la légitimité et la légalité de son choix.

CHAPITRE III

DE LA RUPTURE UNILATERALE DU CONTRAT

235. Nous avons tenté d'exposer en détail la jurisprudence en raison de son importance capitale et espérons pouvoir maintenant en tirer une série de conclusions.

Tout d'abord la Cour Suprême a adopté d'une façon constante la Théorie de la Différence. Selon cette théorie, lorsque le créancier opte en faveur des dommages-intérêts pour inexécution, le contrat synallagmatique se transforme en une prétention unilatérale du créancier à la différence de valeur entre sa prestation et les dommages-intérêts se substituant à l'obligation inexécutée du débiteur. Mais la jurisprudence garde un silence complet sur la manière dont se réalise cette transformation. Les auteurs ainsi que la jurisprudence se contentent de constater la transformation, mais ne donnent aucun détail sur son mécanisme juridique. La jurisprudence semble s'être préoccupée surtout de ne pas encourir le reproche du cumul de la résolution et des dommages-intérêts ; reproche que l'on adresse aux partisans de la Théorie de la Différence. C'est pourquoi elle se garde d'affirmer que l'exercice de l'option en faveur des dommages-intérêts éteint le contrat. Bien plus elle affirme que ce choix maintient l'existence du contrat. Pourtant, cette affirmation semble être gratuite. En tout cas, elle est contredite par les faits puisque les obligations contractuel-

les ne reçoivent plus exécution. Le contrat n'est plus obligatoire pour aucune des parties. Après l'expiration du délai, le créancier ne peut plus contraindre le débiteur à exécuter son obligation contractuelle.

Suivant la Théorie de la Différence adoptée par la jurisprudence, le créancier non plus ne peut pas être contraint à effectuer sa prestation. Par son option en faveur des dommages-intérêts pour inexécution, et en vertu de la Théorie de la Différence, le créancier se trouve dispensé d'exécuter son obligation et autorisé à reprendre sa prestation s'il l'avait déjà effectuée. Cela veut dire implicitement que le contrat n'a plus aucune force obligatoire. Même si en principe il continue d'exister, son exécution est paralysée, ce qui pratiquement revient au même. Ce qui nous intéresse ce n'est pas la façade mais le contenu réel des institutions. Or, pratiquement, le créancier qui d'une part est dispensé d'exécuter, et d'autre part ne peut pas être contraint à recevoir la prestation du débiteur ni à lui fournir la sienne, est incontestablement dégagé du lien contractuel.

D'ailleurs il n'y a aucun doute sur ce point. La jurisprudence consacre ce point de vue au moins implicitement. Ainsi elle permet à l'acheteur qui ne reçoit pas la marchandise achetée de se la procurer chez un autre marchand et d'exiger en même temps du premier vendeur la différence entre le prix stipulé au contrat et le prix plus élevé auquel il s'est procuré la marchandise. De cette façon il réalise un « Deckungskauf » (un achat de remplacement). Le vendeur peut également vendre aux enchères ou à un particulier la marchandise qu'au mépris du contrat l'acheteur refuse de recevoir. Il peut ensuite se retourner contre celui-ci pour lui réclamer la différence. Le vendeur opère ainsi un « Selbsthülfeverkauf » (une vente de remplacement). D'une façon plus générale toute partie contractante qui, vu la carence de l'autre, rompt le premier contrat et en conclut un autre avec un tiers, réalise un acte de remplacement qui s'appelle « Deckungsgeschäft ».

236. Cette institution n'est pas une innovation du BGB., mais la consécration d'une vieille institution du droit allemand, ou même germanique. Nous avons déjà relevé (1) le fait que le droit germanique permet quelquefois, pour des raisons d'urgence et de nécessité, à une des parties de pourvoir à l'exécution qui lui est due, dans le cadre de l'ancien contrat. Malgré la pauvreté des sources, on doit aller plus loin, semble-t-il, et admettre que le droit germanique connaissait certains cas de rupture unilatérale du contrat, échos lointains d'une justice privée. En tout cas quelques auteurs du commencement du XIX^e siècle (2), ainsi que la jurisprudence civile et surtout commerciale du même siècle, emploient l'expression de résolution pour désigner la rupture unilatérale provoquée par une partie qui pour se couvrir conclut un autre contrat (vente ou achat) tout en exigeant du premier débiteur la « différence ».

237. Selon l'ancien Code de Commerce le vendeur avait le droit d'exiger des dommages-intérêts pour inexécution de la part de l'acheteur. Pour cela il devait vendre la chose dans une vente publique, et si le prix réalisé était inférieur à celui stipulé au contrat, exiger du premier acheteur la différence (3). L'ancien Code de Commerce apportait à cela une double restriction. D'abord il n'accordait ce droit qu'au vendeur. Ensuite il l'obligeait à réaliser le « Selbsthülfeverkauf » sous forme de vente publique. Le BGB. a maintenu le principe mais en écartant les restrictions. Le BGB. accorde aux deux parties d'un contrat synallagmatique le droit de recourir à un « Deckungsgeschäft », du fait de l'inexécution de l'autre partie (4).

(1) Voir *supra*, p. 42, n° 20.

(2) Voir *supra*, p. 42, n° 20.

(3) STAUB, *Kommentar Zum Handelsgesetzbuch*, Br. 111, p. 1054.

(4) STAUB, *Kommentar Zum Handelsgesetzbuch*, Br. 111, p. 1055 ; Jurisprudence en ce sens, R. G. Z., Bd. 60, p. 346 ; R. G. in J. W., 1919, p. 446 ; Gruchots B., Bd. 63, p. 468.

Mais entre l'institution du droit commercial et celle du droit civil, malgré les grandes ressemblances, il subsiste certaines différences. La « Deckungsverkauf » n'est soumise à aucune forme spéciale. Le « vendeur peut procéder à une vente privée, sans la collaboration d'aucun organe officiel, et sans aucune forme, de même que l'acheteur peut effectuer un « achat de remplacement » sans aucune forme (1). C'est là une grande différence avec la « Selbsthülfeverkauf » qui, selon l'art. 373 du HGB., ne peut être réalisée que publiquement, aux enchères.

Une autre différence provient de ce que la « Selbsthülfeverkauf » a lieu pour le compte de l'acheteur, tandis que la « Deckungsverkauf » a lieu pour le compte du vendeur. Il s'ensuit que dans la première le vendeur ne peut demander que le prix du contrat. Et si le prix de la vente publique dépasse celui-ci, la différence doit aller à l'acheteur et non au vendeur (2).

Au contraire, le « Deckungsverkauf » a lieu pour le compte du vendeur qui ne peut exiger de l'acheteur que le prix réalisé par la vente. D'où il s'ensuit que si le prix de vente n'arrive pas à égaler le prix du contrat, le vendeur ne pourra plus rien exiger (3). La jurisprudence et une partie de la doctrine (4) sont d'accord sur ce point.

238. Pour calculer le quantum de dommage dont il exige la réparation, le créancier compare la situation matérielle où l'aurait placé l'exécution du contrat à celle où il se trouve effectivement du fait de l'inexécution du débiteur (5). L'« achat de remplacement » permet de calculer

(1) STAUB, *Kommentar Zum Handelsgesetzbuch*. Bd. 111, p. 1601.

(2) R. G. Z., Bd. 57, p. 105.

(3) R. G. Z., Bd. 53, p. 11 ; Bd. 61, p. 281.

(4) OERTMANN, p. 299 ; SOERGEL, pp. 639 et s. ; LOTMAR, *Arbeitsvertrag*, Bd. 11, p. 153.

(5) R. G. Z., Bd. 91, p. 33.

d'une manière infaillible le quantum du dommage subi réellement par le créancier du fait de l'inexécution du débiteur. L'acheteur qui, après s'être procuré la chose chez un autre marchand, la vend, et réalise ainsi un bénéfice, peut tout de même se retourner contre le premier vendeur pour lui demander la « différence ». Ce dernier ne peut pas lui opposer le bénéfice réalisé par la revente car, entre le bénéfice et la demeure du premier vendeur, il n'y a pas de rapport causal (1). Dans ces cas on ne semble pas appliquer le principe selon lequel le calcul du dommage ne doit pas conduire à la réalisation d'un bénéfice illicite. L'acheteur qui protège ses intérêts par la conclusion d'un autre achat ne réclame pas un manque à gagner, mais demande la réparation d'un dommage effectivement subi du fait qu'il s'est procuré la marchandise à un prix supérieur (2).

Le créancier peut demander la « différence » même quand les prix du marché ont notablement augmenté à cause d'une situation spéciale telle que : panique, inflation (3), guerre.

La loi n'édicte aucune règle spéciale touchant le lieu et le temps où doit se réaliser l'acte de protection, ni la manière dont il doit se réaliser. Mais vu le but de cette institution, il est indispensable de poser certaines règles. D'une manière générale il faut que le créancier réalise le « Deckungsgeschäft », sans encourir de reproches.

Le créancier qui recourt à un tel acte de protection doit être de bonne foi et en faire preuve pendant tout le temps où se réalise l'acte de protection (4). Quand le créancier conclut l'acte de protection, c'est évidemment pour se couvrir avant tout mais il ne doit pas augmenter par sa

(1) R. G. Z., Bd. 52, p. 145 ; Bd. 90, p. 160 ; R. G. in Warn. E., 1920, n° 7.

(2) R. G. in J. W., 1918, p. 556 ; R. G. Z., Bd. 93, p. 133.

(3) R. G. Z., Bd. 17, p. 1326 ; R. G. in L. Z., 1925, Sp. 1068 ; R. G. D. R. Z., 1925, p. 320.

(4) O. L. G. Hamburg in Recht, 1918, n° 209.

négligence ou son dol le quantum du dommage que le débiteur aura à réparer (1).

Ainsi en ce qui concerne le contenu ou l'objet, il convient de remarquer que le « Deckungsgeschäft » doit avoir lieu dans les mêmes conditions que l'acte qu'il remplace » (2). Il est préférable pour le créancier que l'objet de l'acte de protection soit identique à l'acte qu'il remplace, de telle façon que la différence n'ait trait qu'au prix. Pourtant les tribunaux ne refusent pas *de plano* de valider l'acte de protection qui n'a pas un objet identique à celui qu'il remplace. Au contraire les tribunaux se réservent le droit d'apprécier chaque cas spécialement et, si c'est nécessaire, d'admettre quelques petites différences entre leurs objets. Ainsi une Cour d'Appel (3) a permis au créancier d'acheter, à titre de « Deckungskauf », des pommes américaines qui étaient meilleures que les pommes russes (prévues au contrat) mais qu'on ne pouvait plus se procurer sur le marché.

239. L'absence de toute précision légale en ce qui concerne le moment où le créancier a le droit de procéder à un tel acte de garantie a fait surgir de nombreuses difficultés pour les tribunaux. Pourtant la jurisprudence, après des tâtonnements expliquables, a réussi à dégager certaines règles générales. Le moment à partir duquel le créancier peut procéder à un tel acte est le moment où le débiteur se trouve en demeure par rapport à l'exécution de son obligation (4). Il s'ensuit que la simple inexécution à l'échéance ne suffit pas pour attribuer ce droit au créancier. Mais malgré cette précision la question ne se trouve pas résolue. Car

(1) R. G. in Warn E., 1918, n° 209 ; R. G. Z., Bd. 15, p. 72 ; J. W., Bd. 27, p. 243.

(2) ADLER, *Zur Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf*, Z. H. R., Bd. 86, p. 1.

(3) O. L. G., Bd. 27, p. 414.

(4) ADLER, *Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf*, Z. H. R., Bd. 86, p. 1.

pour obtenir le droit d'option le créancier doit fixer un délai convenable au débiteur qui se trouve déjà en demeure. D'où il résulte que, logiquement et juridiquement, le créancier ne pourra pas procéder à un « *Deckungsgeschäft* » avant l'expiration du délai (1). Le « *Deckungsgeschäft* » est une institution destinée à faciliter le calcul des dommages-intérêts. Or, on ne peut pas procéder au calcul du dommage avant d'avoir le droit d'opter pour les dommages-intérêts, et avant que l'inexécution soit définitive. L'obligation de fixer un délai serait totalement superflue si le créancier pouvait se couvrir avant l'expiration dudit délai.

Donc on peut affirmer qu'en principe il faut procéder au « *Deckungsgeschäft* » après l'expiration du délai. Mais dans certaines hypothèses il est inutile d'attendre l'expiration du délai, s'il est certain que l'exécution ne se produira pas. C'est le cas du débiteur qui, avant l'expiration du délai (peut-être même avant son établissement), déclare d'une manière précise et définitive ne pas vouloir exécuter son obligation. La jurisprudence (2) commerciale antérieure au BGB. avait permis au créancier, dans ce cas, de se couvrir sans attendre l'expiration du délai. La jurisprudence civile ne fait que suivre la voie tracée. D'une manière constante les tribunaux (3), en face du refus de l'exécution du débiteur, permettent au créancier de couvrir ailleurs ses besoins, sans attendre l'expiration du délai. Le refus d'exécution du débiteur constitue dans la majorité des cas une « *Positive Vertragsverletzung* » qu'il ne pourra pas écarter par une exécution ultérieure. Il ne pourra pas reprocher au créancier d'avoir effectué le « *Deckungsgeschäft* » après son refus mais avant l'expiration du délai.

(1) ADLER, art. cit., Z. H. R., Bd. 86, p. 23.

(2) R. G. Z., Bd. 5, p. 103 ; Bd. 4, p. 71 ; Bd. 7, p. 44 ; BALZE, 2, n° 1020 ; 4, n° 726.

(3) R. G. Z., Bd. 52, p. 150 ; R. G. in J. W., 1905, p. 17 ; J. W., 1902, p. 263 ; J. W., 1923, p. 922 ; R. G. Z., Bd. 102, p. 348.

La jurisprudence (1) adopte la même solution au cas où l'obligation du débiteur devient impossible avant l'expiration du délai. En cas de refus d'exécution du débiteur, le créancier n'est pas obligé de recourir à un acte de protection ; il peut très bien poursuivre l'exécution forcée (2). Et dans ce cas le débiteur ne peut pas lui reprocher d'avoir effectué le « Deckungsgeschäft » trop tard (3).

240. Le fait de procéder à un « Deckungsgeschäft » est pour le créancier non seulement un droit, mais aussi une obligation. Une fois que le créancier obtient ce droit il ne peut trop tarder à le réaliser. L'obligation générale de bonne foi intervient aussi dans cette matière. Ainsi il est interdit au créancier d'ajourner trop la conclusion de l'acte de protection, pour pouvoir ainsi mieux spéculer sur les risques du débiteur (4). S'il le fait, le créancier risque de se rendre coauteur du dommage. Le créancier est responsable de n'avoir pas réalisé le « Dekungsgeschäft » au moment opportun et de retarder son accomplissement jusqu'au moment où il sera beaucoup plus difficile ou plus onéreux de le faire. On doit donc établir une faute à la charge du créancier si les prix du marché ont considérablement augmenté depuis le moment où il pouvait se couvrir jusqu'au moment où il le fait effectivement. Dans cette hypothèse il convient d'appliquer l'art. 254 du BGB. qui dispose que : « Si, lors de la réalisation du dommage, l'existence de l'obligation à réparation comme l'étendue de la réparation à fournir dépendent des circonstances et en particulier au point de savoir dans quelle mesure le dommage aura été causé d'une façon prépondérante par l'une ou par l'autre des deux parties ». Et la jurisprudence rend constamment

(1) R. G. Z., Bd. 91, p. 30.

(2) R. G. Z., Bd. 91, p. 99.

(3) R. G. Z., Bd. 83, p. 178.

(4) STAUDINGER, p. 521 ; SOERGEL, p. 639 ; OERTMANN, p. 299 ; BRECHT, *op. cit.*, p. 257.

le créancier responsable de la faute de ne pas avoir réalisé en temps opportun l'acte de protection (1). La conclusion tardive d'un tel acte ne peut plus être considérée comme un « Deckungsgeschäft » (2). Mais cela ne signifie pas que toute prétention du créancier à réparation doive être écartée. Cela veut dire que le créancier aura droit seulement à la réparation du dommage qu'il aurait subi s'il s'était couvert à temps (3). La jurisprudence est ferme sur ce point. Dans une espèce (4) le créancier exigeait du débiteur la réparation du dommage subi du fait que, ne recevant pas à temps la marchandise, il avait été à son tour en impossibilité d'exécuter. Le tribunal refuse d'admettre ce point de vue, considérant que le créancier était responsable de ne s'être pas couvert à temps. Le créancier n'est donc pas obligé de recourir à une déclaration, tant qu'il maintient le contrat. Mais une fois qu'il décide de le rompre, il doit prendre toutes les mesures et précautions en usage et commandées par la bonne foi. Si en raison de son indécision ou de tout autre motif il tarde à le faire, il risque, aux termes de l'art. 254 du BGB., d'être considéré comme partiellement responsable du dommage. Certaines circonstances telles que la difficulté de se procurer la marchandise peuvent justifier le retard du « Deckungsgeschäft ». Tout au contraire, l'inflation oblige l'acheteur à se couvrir rapidement (5).

Enfin, le créancier ne doit pas se couvrir trop tôt ; autrement il le fait à ses risques. C'est-à-dire que l'autre partie pourra exécuter pendant le délai, et sans que le créancier qui s'est déjà couvert puisse refuser d'accepter l'exécution (6).

(1) R. G. Z., Bd. 50, p. 268 ; Bd. 52, p. 152 ; Bd. 57, p. 114 ; J. W., 1905, p. 17 ; R. G. in L. Z., 1909, Sp. 321.

(2) R. G. Z., Bd. 101, p. 94.

(3) R. G. Z., Bd. 91, p. 100 ; Bd. 46, p. 408 ; Bd. 111, p. 199.

(4) O. L. G., Rsp. 28, p. 56.

(5) R. G. Z., Bd. 101, p. 93 ; R. G. in L. Z., 1919, Sp. 1229.

(6) R. G. Z., Bd. 102, p. 349 ; Bd. 52, p. 153.

Les tribunaux semblent se réserver un droit souverain d'appréciation dans chaque cas spécial. Encouragée par la doctrine dominante (1) la jurisprudence (2) paraît faire preuve d'une certaine tendance à valider des actes de remplacement conclus avant l'expiration du délai.

241. Le droit allemand considère la pratique du remplacement comme un moyen concret de calculer le dommage subi par le créancier du fait de l'inexécution de la part du débiteur. Mais il semble plus juste de lui rendre sa vraie physionomie considérant le « *Deckungsgeschäft* » comme une rupture unilatérale se cumulant avec des dommages-intérêts.

La partie de bonne foi, victime de l'inexécution du fait de l'autre, peut prendre des mesures immédiates destinées à sauvegarder, même au mépris du contrat, ses intérêts légitimes mis en péril grave. Elle peut se dégager immédiatement des liens du contrat, lorsque le débiteur viole une obligation de bonne foi, créant « une sorte d'*impossibilité morale* qui empêche la continuation des relations des parties » (3). Une partie peut recourir à ces voies de fait pour sauvegarder ses intérêts urgents, si l'intervention des tribunaux ne peut se produire en temps utile.

Le créancier recourant à un remplacement ne fait que rompre le premier contrat ; il n'exécutera pas son obligation et refusera l'exécution de la part du débiteur. Mais le créancier cumule cette rupture de contrat avec la réparation du dommage, du moment qu'il lui est permis de réclamer au premier débiteur une indemnité représentant la différence entre le prix de remplacement et celui prévu au contrat.

(1) Voir ADLER, *Lehre vom Leistungsverzug beim Kauf*, R. H. R., Bd. 86, p. 59.

(2) R. G. Z., Bd. 60, p. 346 ; Bd. 90, p. 423 ; Bd. 91, p. 31 ; J. W., 1900, p. 255 ; 1918, p. 35.

(3) CASSIN, *th. cit.*, p. 351.

La pratique du remplacement a pris en Allemagne un grand développement, précisément en raison de l'avantage réel qu'elle présente permettant le cumul de la rupture unilatérale du contrat et des dommages-intérêts. Les créanciers recourent à un « Deckungsgeschäft » chaque fois que l'obligation inexécutée ne porte pas sur un corps certain ou que l'*intuitus personae* n'est pas en jeu. La doctrine allemande reconnaît un très large domaine d'application ou la « Deckungsgeschäft ».

Mais, par là même, le principe allemand qui interdisait le cumul de la résolution avec les dommages-intérêts est anéanti.

LIVRE QUATRIEME

CONCLUSION CRITIQUE

En arrivant à ce point de votre étude, nous croyons utile de jeter un coup d'œil rétrospectif. Pour mieux saisir les différences et les ressemblances que le système allemand présente avec le système français, il nous paraît préférable de revoir dans une seule et même partie l'ensemble des caractéristiques du système légal allemand. Ce quatrième livre sera divisé en deux parties. La première partie sera consacrée à l'exposé des caractéristiques du système légal allemand. Dans notre deuxième partie nous étudierons la formation d'une jurisprudence qui pour donner satisfaction aux besoins pratiques a brisé le cadre étroit du système légal.

PREMIERE PARTIE

DES CARACTÉRISTIQUES
DU SYSTÈME LÉGAL ALLEMAND

CHAPITRE PREMIER

DE L'ABSENCE
D'UN PRINCIPE GÉNÉRAL DE RESOLUTION
ET DE SES CONSÉQUENCES

SECTION PREMIÈRE

EXPLICATION HISTORIQUE
DE L'ABSENCE D'UN PRINCIPE GÉNÉRAL

242. Le droit allemand ne connaît pas un principe général en matière d'admission de la résolution par inexécution. Héritier du droit romain et du droit germanique, il consacre seulement certains cas spéciaux où la résolution est admise. En l'absence d'un principe général analogue à l'art. 1184 du Code Civil français, le BGB. admet que les seuls cas d'inexécution justifiant la résolution sont ceux provenant de l'impossibilité et du retard d'exécution.

Cette première caractéristique, différence fondamentale

entre les systèmes allemand et français, peut s'expliquer surtout par des raisons historiques.

La résolution est une institution relativement récente du droit allemand. L'ancien droit germanique ne la connaissait pas. La réception du droit romain, où elle était également inconnue sous forme de principe d'application générale, n'a pas contribué à dégager cette notion. Ce qui a retardé l'élaboration d'une théorie générale de la résolution pour inexécution en Allemagne, c'est le fait que la théorie de la cause finale ne s'y est pas développée.

La coïncidence frappante qui existe entre l'avènement de la théorie de la cause et l'élaboration de la théorie de la résolution en droit français, peut faire entrevoir l'étroite liaison entre ces deux théories et surtout l'influence de la première dans l'élaboration de la seconde (1). La faveur spéciale dont a bénéficié la théorie de la cause en droit français a été d'une importance capitale pour la consécration de la théorie de la résolution. Tout au contraire, si le droit allemand n'a pas réussi à dégager la théorie de la résolution c'est parce qu'il a été privé de l'apport de la théorie de la cause, celle-ci n'ayant suscité aucun intérêt en Allemagne (2).

Le principe de la force obligatoire du contrat a de son côté empêché l'élaboration de la théorie de la résolution. Le droit allemand n'a pas admis qu'on puisse se dégager du lien contractuel tant que l'exécution est encore possible. Selon lui, la simple inexécution ne peut justifier une conséquence grave telle que la rupture définitive du contrat.

(1) CASSIN, *Cours doctorat*, 1934-35, pp. 59 's.

(2) Une autre preuve nous en est fournie par le droit moderne de ces deux pays. En France, suivant la tradition, la doctrine classique considère la théorie de la cause comme fondement de celle de la résolution. Ces deux théories, ainsi que leur rapport, a provoqué en France une littérature juridique extrêmement abondante. Bien au contraire, les juristes allemands ne s'occupent pas du fondement de la résolution. Quelques rares auteurs indiquent incidemment la connexité des obligations synallagmatiques, comme étant le fondement de la résolution.

D'ailleurs, le droit allemand possédait un moyen plus souple et entraînant des effets moins graves pour sanctionner les simples inexécutions : c'était l'*exceptio non adimpleti contractus*. Cette institution tenait compte des inexécutions provisoires et, mettant en évidence la simultanéité d'exécution, permettait de sauvegarder l'existence du contrat. L'*exceptio non adimpleti contractus* bénéficiait d'une faveur spéciale en Allemagne, où elle était couramment appliquée.

Il est intéressant de relever que l'exception d'inexécution et la résolution, quoique apparentées, s'excluent et se barrent réciproquement la route. En France, au xv^e siècle, l'exception d'inexécution pénètre dans la vie pratique. Plusieurs Parlements des Pays de droit écrit en font mention dans leurs arrêts (1). A partir du xvi^e siècle elle semble disparaître subitement. Parmi les raisons de cette éclipse il faut citer, en outre de l'avènement de l'école historique de Cujas, le grand développement pris par la théorie de la résolution (2).

Au contraire, en Allemagne, le développement de l'*exceptio non adimpleti contractus* a contribué dans une certaine mesure à l'empêcher d'élaborer la résolution.

SECTION II

CONSÉQUENCES DE L'ADMISSION DE LA RÉSOLUTION SEULEMENT DANS CERTAINS CAS DÉTERMINÉS

243. Mettant l'accent sur la force obligatoire du contrat, le droit commun interdit au créancier de se dégager du contrat pour la simple inexécution du débiteur. Les rédacteurs consacrent ce point de vue. Mais le premier projet, quoique tout proche du principe allemand qui excluait la résolution pour inexécution, admet pourtant la résolution

(1) CASSIN, *Cours doctorat*, 1934-35, pp. 67 s.

(2) CASSIN, *op. cit.*, p. 69.

dans l'hypothèse extrême où l'inexécution en nature est devenue impossible.

Dominés par la tradition du droit commun, les rédacteurs n'ont pas compris la véritable portée de la résolution. Ils l'ont consacrée seulement dans les rares cas où elle se conciliait avec la force obligatoire du contrat. Par là même, les rédacteurs ont attribué à la résolution un caractère exceptionnel et subsidiaire à l'exécution en nature.

Suivant la conception des rédacteurs, le point de départ de la résolution est l'impossibilité d'exécution et non la simple inexécution. L'art. 325 consacré déjà par le premier projet, doit être considéré comme l'expression de ce principe.

Mais le BGB. ne s'en est pas tenu là. Obligé d'admettre la résolution dans certains autres cas où elle était indispensable, le BGB. a inséré les articles 326 et 283 à côté de l'art. 325. Dans les art. 283 et 326 la résolution est admise pour impossibilité « fictive » d'exécution en nature. Le créancier obtient le droit de déclarer la résolution après avoir accompli une série complète des formalités tendant à exclure juridiquement l'exécution en nature. L'unité apparente, plutôt verbale, est maintenue si dans les deux cas on parle d'impossibilité. Mais le principe qu'on ne peut pas déclarer la résolution tant que l'exécution *in specie* du contrat est possible, est en réalité anéanti.

§ 1^{er}. — Incompatibilité existant
entre les divers cas d'admission de la résolution

244. Pourtant, cette énumération précise de cas déterminés où la résolution est admise, à défaut de principe général, n'est pas harmonieuse. Car les articles 325, 283 et 326 ne s'intègrent pas dans le même système : leur existence, côte à côte, est contradictoire et même incompatible.

Si le BGB. avait consacré seulement l'art. 325, la résolution se serait appliquée rarement, seulement dans le cas où

le débiteur rendait sa propre prestation impossible. Cette solution aurait pu avoir sa raison d'être. On aurait pu dire avec la doctrine et les travaux préparatoires allemands que la conclusion du contrat se justifie par son exécution. Par conséquent, tant que l'exécution en nature est possible, on doit toujours se forcer de l'obtenir. On n'aurait alors admis d'anéantir le contrat par la résolution qu'au cas où l'inexécution en nature du contrat est impossible par suite de la faute du débiteur. La résolution se serait conciliée très bien avec la force obligatoire du contrat. Elle serait apparue comme un pis-aller par rapport à l'exécution en nature. Ce système trop étroit n'aurait pas eu des résultats pratiques heureux. Mais il aurait pu s'expliquer logiquement en théorie.

D'un autre côté on peut très bien concevoir un système où la résolution ait lieu grâce à l'art. 326 du BGB. Pour justifier la résolution on peut très bien se placer au point de vue des intérêts du créancier et non plus au point de vue abstrait du but contractuel. Dans ce deuxième système le créancier, seul gardien de ses propres intérêts, a le droit de déclarer la résolution quand l'exécution du contrat, quoique possible, ne peut plus lui procurer les avantages qu'il a escomptés en contractant. Car il n'est pas juste d'obliger un créancier à poursuivre l'exécution du contrat, quand l'exécution n'aboutira plus à la satisfaction des intérêts et en vue desquels il s'est déterminé à contracter.

Le système consacré par l'art. 325 se base sur un point de vue objectif, faisant abstraction de l'intérêt des parties. Il met au premier plan l'exécution. Mais c'est un système étroit qui, même s'il trouve une justification juridique dans une logique, trop abstraite d'ailleurs, aboutit à des conséquences pratiques iniques. Chaque fois que l'inexécution à l'échéance provient de la négligence, de la *culpa*, de la mauvaise volonté ou du dol du débiteur, le créancier est obligé de se contenter d'une exécution tardive, avec réparation du dommage résultant du retard. Ce système est contraire aux

besoins de la vie juridique et défavorable aux intérêts du créancier. Celui-ci est sacrifié à un principe abstrait qui ne tient pas compte de ses intérêts.

L'inexécution peut justifier une action en résolution, même si elle provient d'une autre cause que l'impossibilité fautive d'exécution du débiteur. Car, pour apprécier l'intérêt à l'exécution ou à la résolution du contrat, on ne doit pas se placer seulement au point de vue abstrait et objectif du contrat. Ce système est défavorable au créancier d'un double point de vue. D'abord pour accorder la résolution il n'examine pas les intérêts du créancier. Enfin il le met à la discrétion du débiteur qui reçoit une prime d'encouragement à l'inexécution. Le débiteur sait que le créancier n'a pas le droit de résoudre le contrat tant que l'inexécution, malgré sa persistance, laisse entière la possibilité d'exécution ultérieure. Le fait de ne pas exécuter ne lui paraîtra pas dangereux tant qu'il ne rend pas impossible l'exécution postérieure. Si on ajoute que le système allemand interdit au créancier d'obtenir en même temps la résolution et des dommages-intérêts, on conçoit nettement qu'il institue une prime d'encouragement à l'inexécution. De cette manière, bien que partant du désir de respecter la force obligatoire du contrat, le droit allemand lui porte un coup décisif, aboutissant au résultat opposé. A la force obligatoire du contrat on substitue l'arbitraire du débiteur libre d'exécuter ou non. On permet au débiteur d'interpréter arbitrairement des clauses et des contrats fidèlement respectés par la partie adverse, de mettre ainsi au service de sa mauvaise foi l'esprit étroit de la loi et les lacunes qui en résultent.

Mais ce point de vue abstrait de l'art. 325 est abandonné par l'art. 326 du BGB. Dans ce système, pour accorder la résolution on se place au point de vue subjectif des intérêts du créancier. Ce qui intéresse le créancier, ce n'est pas l'exécution du contrat envisagée d'une manière abstraite et indépendante du lieu et de l'échéance convenus. Bien au contraire, l'intérêt du créancier consiste dans l'exécution

envisagée du point de vue de ses propres intérêts : c'est-à-dire à l'échéance, au lieu et dans la forme convenus. Dès lors, toute inexécution qui, d'après les intérêts du créancier, ne peut être réparée par une exécution tardive, doit pouvoir justifier pour celui-ci l'action en résolution. Et cela, même si l'inexécution laisse subsister l'entière possibilité d'exécution en nature à une date ultérieure. L'action en résolution peut être justifiée par toute inexécution rendant l'exécution tardive sans intérêt pour le créancier.

Ce système mérite d'être retenu, car il aboutit à l'équitable satisfaction des intérêts de la partie de bonne foi. Il ne protège pas le débiteur au détriment des intérêts du créancier, mais il maintient le juste équilibre entre les deux parties. Le système de l'art. 326 permet à la partie de bonne foi de déclarer la résolution chaque fois qu'elle est en présence d'une inexécution due à la faute de l'autre.

Le système de l'art. 326 du BGB, au point de vue de principes, est le même que celui du droit français. Pour accorder la résolution, ils se placent tous deux au point de vue des intérêts du créancier par rapport à sa bonne foi et à la faute du débiteur. Le droit français ainsi que le droit allemand de l'art. 326 du BGB. ont consacré le système subjectif. Mais tandis que le droit français l'a consacré d'une manière générale et comme principe, l'art. 326 constitue seulement dans le BGB. un des cas d'admission de la résolution à côté d'autres et en l'absence d'un principe général. D'autres différences, sur lesquelles nous reviendrons, séparent les deux législations même quant à ce principe commun.

L'existence de l'art. 325 à côté de l'art. 326 du BGB. crée une contradiction. Car ces deux systèmes sont opposés précisément en partant des points de vue opposés. L'un consacre le point de vue objectif, l'autre le point de vue subjectif. L'adoption de l'un semble impliquer l'exclusion de l'autre. Il est en effet difficile d'admettre en même temps et sur le même sujet deux points de vue diamétralement opposés.

§ 2. — Explication de cette incompatibilité

245. On peut tâcher de les concilier en considérant l'une comme la règle et l'autre comme l'exception. Si l'on considère le premier système (art. 325) comme étant la règle, le deuxième doit avoir le caractère d'exception. Une exception suppose une application beaucoup moins fréquente que la règle. Or, ici l'exception (art. 326) semble anéantir la règle (art. 325) par sa fréquente application pratique.

On peut proposer une autre explication en disant que le deuxième système (art. 326) constitue lui aussi la règle. Mais nous venons justement d'affirmer que l'existence dans la même matière de deux règles opposées n'est pas concevable, tout au moins dans un système qui veut respecter la logique juridique.

On peut faire une dernière tentative pour expliquer cette dualité en considérant le deuxième système (art. 326) comme la règle et le premier (art. 325) l'exception. Mais alors l'exception est tout à fait inutile, car toutes les hypothèses où elle peut jouer se trouvent résolues par la règle. Ce n'était pas la peine de faire intervenir l'art. 325 du BGB. L'hypothèse de l'art. 325 sera toujours résolue grâce au recours à l'art. 326. L'absence d'intérêt à l'exécution exigé par l'art. 326 sera toujours prouvée précisément par l'impossibilité d'exécution en nature. Il est évident que le créancier d'un contrat dont l'exécution a été rendue impossible par le débiteur n'aura pas d'intérêt à insister sur l'exécution quand il est certain de ne pas pouvoir l'obtenir. Bien plus, ce cas de résolution pour impossibilité d'exécution (art. 325) rentrera dans les prévisions du deuxième alinéa de l'art. 326. Le créancier pourra donc déclarer la résolution sans fixer au débiteur un délai d'exécution qui serait alors une formalité inutile. Et du moment que les cas où l'exception devrait jouer sont résolus par la règle, quelle peut être encore l'utilité ou la raison d'être de l'exception ?

On peut peut-être penser que dans l'hypothèse de l'art. 325

le débiteur qui rend impossible sa prestation fonde pour le créancier le droit de demander en même temps la résolution et la réparation du dommage causé par l'inexécution. Dans la deuxième hypothèse, celle de l'art. 326, le créancier n'aurait pas ce droit, car au lieu de poursuivre l'exécution en nature, encore possible, il préfère déclarer la résolution. Mais c'est une explication qu'interdit le texte même de la loi qui dans les deux hypothèses (art. 325 et 326) parle « des dommages-intérêts pour inexécution ou résolution ». Dans les deux hypothèses la formule de la loi est alternative et non cumulative. Or, on ne peut pas faire de différences là où la loi les exclut. D'ailleurs aucun auteur allemand ne propose cette explication. Nous ne la soutenons pas non plus. En l'ébauchant, ainsi qu'en amassant ces objections, nous avons voulu répondre par avance à ceux qui seraient tentés de la présenter.

Il faut donc revenir à notre première constatation : les solutions des art. 325 et 326 sont inconciliables au point de vue théorique. Le BGB. renferme une fâcheuse contradiction faisant dépendre la résolution en même temps de deux points de vue diamétralement opposés. Les divers cas d'admissibilité de la résolution prévus par le BGB. sont inconciliables et ne s'intègrent pas dans le même système.

246. Il faut renoncer à concilier sur le plan théorique les divers cas d'admissibilité de la résolution. L'explication doit être recherchée dans un autre domaine.

Dans le droit allemand la résolution est une institution récente. Dominés par le passé les rédacteurs du BGB. sont partis du principe négatif en matière de résolution. Sans porter atteinte à ce principe le premier projet a consacré la résolution toutes les fois que l'exécution en nature était rendue impossible. Pourtant les rédacteurs ne se sont pas tenus là. Par des brèches successives ils ont été obligés de la consacrer dans d'autres cas spéciaux où il fallait l'admettre de toute évidence. Le fait que les divers cas

d'admission de résolution ne s'intègrent pas dans le même système juridique constitue un vice technique provenant de la manière défectueuse de rédaction.

La consécration graduelle et en quelque sorte involontaire de la résolution s'est accomplie au cours de la confection du BGB. Chaque commission chargée de la rédaction d'un projet a consacré son propre point de vue, sans se préoccuper de savoir s'il se conciliait avec celui de l'autre. Le système allemand donne l'impression d'une maison où chaque locataire a successivement, selon ses besoins, ajouté quelque chose de nouveau, mais dans un style différent. Ainsi s'explique l'absence d'un plan unitaire et d'une vue synthétique.

SECTION III

CARACTÈRE FORMALISTE ET COMPLIQUÉ DE LA RÉOLUTION DE L'ART. 326

247. Dépassant le point de vue restrictif et objectif de l'art. 325 qui tendait à la sauvegarde du contrat même à l'encontre des intérêts du créancier, les rédacteurs ont consacré l'art. 326 qui admet la résolution d'une manière beaucoup plus large. Mais l'art. 326 admettant dans certains cas la résolution pour inexécution, anéantit implicitement le principe germanique, qui était aussi celui du premier projet et suivant lequel la simple inexécution ne justifie pas la résolution. Des formalités nombreuses et compliquées sont la rançon de cette hardiesse innovatoire.

Le premier projet voulait tout de même rompre avec la tradition du « droit commun » dans certains cas, assurant au créancier un droit de résolution quand, du fait du retard, l'exécution ne présentait plus d'intérêt pour lui (1).

Mais, « l'absence d'intérêt » à l'exécution ne constitue

(1) E. I. A., art. 369.

pas un critérium simple ni facilement maniable. Pour pouvoir obtenir le bénéfice de la résolution le créancier devrait prouver l'absence d'intérêt à l'exécution en nature (provoquée par l'inexécution en temps voulu). L'absence d'intérêt ne constitue pas un fait. C'est un élément psychologique, interne, qui risque d'entraîner la preuve dans un domaine autre que celui du droit ou du fait matériel.

Quelques fois cet élément pourra s'extérioriser en se matérialisant dans un fait quelconque. Dans ce cas la preuve sera facile. Car en prouvant le fait on aura prouvé implicitement l'élément psychologique, dont ce fait est la manifestation. Par exemple, ce sera le cas du créancier qui loue des autobus pour transporter des clients à une certaine fête. L'absence d'intérêt à l'exécution du contrat de louage, ressortira du fait qu'on veut mettre les autobus à la disposition du créancier une fois la fête passée. Donc, le défaut d'intérêt à l'exécution, en lui-même, comme élément psychologique et interne, ne peut pas être prouvé directement. Il peut être réduit de certains faits qui le supposent. Sa preuve sera toujours implicite.

Cela veut dire que l'absence d'intérêt est susceptible de justifier la résolution, seulement dans la mesure où elle s'est manifestée dans un fait extérieur puisque c'est seulement dans cette mesure qu'on peut en faire la preuve.

C'est précisément à cause des difficultés présentées par l'emploi de ce critère que le deuxième projet du BGB. est intervenu afin d'améliorer la situation du créancier.

Le deuxième projet a vu à juste titre dans la subordination de la résolution à la preuve préalable du défaut d'intérêt une précaution dont l'effet pratique est de rendre l'usage de l'art. 326 d'une rareté allant jusqu'à l'inapplication. L'insuffisance du principe, garantissant la résolution sous réserve de la preuve préalable du défaut d'intérêt se fait surtout sentir en matière de vente ou d'échange « où l'intérêt de la contre-prestation est toujours actuel, ou tout

au moins le défaut d'intérêt est difficile à prouver » (1). Aussi, dans ces cas, la résolution à cause du retard était elle rendue à peu près impossible.

Le deuxième projet, devenu le Code Civil, institue en faveur du créancier une présomption d'où ressortira le défaut d'intérêt sans que la preuve proprement dite en soit nécessaire. La présomption découle de ce que le créancier n'a pas obtenu l'exécution, pendant le délai convenable qu'il avait accordé à cette fin au débiteur. L'admission de la résolution est aussi subordonnée à la preuve d'un fait matériel ; l'inexécution pendant le délai accordé.

C'est seulement l'inexécution à cette seconde échéance consentie ultérieurement au contrat, qui peut fonder la résolution. C'est dire que le créancier doit se contenter d'une exécution tardive, postérieure à l'échéance stipulée.

Le délai de grâce « obligatoire » devient ainsi une caractéristique du système allemand qui le distingue profondément du système français.

Cette disposition du BGB. est surprenante. Sa raison d'être est difficile à comprendre. Elle s'explique moins par la volonté délibérée du législateur de l'introduire en raison de ses avantages que par le déterminisme qui a présidé sa naissance.

Le premier projet accordait au créancier le droit de faire usage de la résolution moyennant la preuve préalable du défaut d'intérêt à l'exécution à cause du retard. Mais cette preuve était si difficile à rapporter qu'elle rendait la résolution inapplicable. C'est pourquoi le deuxième projet l'a remplacée par une présomption.

Le créancier qui n'obtient pas la prestation pendant le délai accordé au débiteur est censé ne plus avoir intérêt à l'exécution du contrat ; il peut donc déclarer la résolution. La preuve du manque d'intérêt devient superflue. Elle est

(1) LITTMANN, *op. cit.*, p. 61.

remplacée par la présomption dont le créancier bénéficie après accomplissement des formalités légales.

Les rédacteurs partant du point de vue négatif et ayant en vue le caractère tout à fait exceptionnel de la résolution, n'ont pas voulu l'accorder immédiatement après l'inexécution à l'échéance. Ils ont considéré qu'une telle disposition voisine de celle du droit français va trop loin est pour le droit allemand. L'obligation du créancier d'accorder un délai au débiteur après l'échéance pour pouvoir recourir à la résolution, leur semblait se concilier avec le caractère restrictif qu'ils attribuaient à la résolution. Ainsi on soulignait davantage le caractère principal de l'exécution en nature et le caractère subsidiaire de la résolution.

L'obligation (1) d'accorder un délai est en même temps une conséquence du système allemand dans lequel la résolution n'est pas judiciaire. Comme le BGB. a écarté l'intervention des tribunaux en matière de résolution, il se trouvait qu'aucun magistrat ne pouvait juger ni apprécier dans chaque hypothèse spéciale si le débiteur méritait ou non un délai de grâce. On ne pouvait transférer au créancier, sans risques, cette faculté d'appréciation. On était certain que le créancier ne reconnaissait jamais au débiteur le droit au délai de grâce.

Si l'on mettait ce pouvoir d'appréciation à la disposition du créancier, le délai de grâce devenait lettre-morte, car aucun créancier n'eut voulu l'accorder au débiteur à l'encontre de ses propres intérêts. Les rédacteurs, pour écarter les risques que cet état de choses aurait entraînés, ont rendu le délai de grâce obligatoire. L'existence de cette disposition dans le BGB. s'explique plutôt par un concours de circonstances que par la volonté arrêtée d'échafauder une doctrine de principe ; elle présente d'ailleurs de sérieux inconvénients pratiques et théoriques.

(1) Voir *supra*, n° 95.

Le délai accordé après l'échéance en vue de l'exécution est un délai de grâce. On viole la loi du contrat et on intervient en faveur du débiteur, seulement quand l'équité l'exige d'une manière impérative. Des considérations spéciales d'équité justifient cette mesure de protection en faveur du débiteur qui, par ses efforts et son attitude de bonne foi, s'avère digne d'elle. Un délai de grâce accordé à tout débiteur, qu'il soit digne ou non de cette protection, est un non sens. Les rédacteurs du BGB. en rendant le délai obligatoire lui ont enlevé le caractère de délai de grâce. Ce dernier est facultatif et non obligatoire. Les rédacteurs ne se sont pas aperçus que la généralisation et le caractère obligatoire du délai, constituent une prime à l'inexécution pour le débiteur. Celui-ci ne s'efforcera pas d'exécuter à l'échéance du moment qu'il sait avoir droit ensuite à un délai convenable.

Les rédacteurs n'ont pas vu que cette disposition légale du système viole d'une manière flagrante la loi du contrat. Obliger le créancier à accorder toujours un délai de grâce, c'est l'obliger à renoncer au terme convenu et à se contenter d'une exécution postérieure. A la volonté des parties qui ont stipulé une échéance, on en substitue une autre.

Enfin, cette disposition oblige le créancier à traiter également tous les débiteurs. On ne fait aucune distinction entre ceux qui sont de bonne foi ou de mauvaise foi alors que ces derniers ne méritent pas la même protection. Cette disposition légale est illogique et étrange du point de vue théorique en même temps que contraire aux nécessités de la vie pratique.

Heureusement la jurisprudence (1) a su, par un contrôle raisonnable et modéré, débarrasser le système légal de la plupart des incohérences et défauts que nous signalons. Elle a posé une série de règles qui ont corrigé beaucoup l'arbitraire résultant du caractère obligatoire du délai.

(1) Voir *supra*, n^{os} 97 s.

Ainsi la jurisprudence a dégagé la règle d'après laquelle le délai a pour but de permettre au débiteur d'achever une exécution déjà commencée et non de commencer l'exécution après l'échéance.

Puis elle établit la règle que le caractère convenable du délai doit s'apprécier par rapport aux intérêts du créancier. Tous ces tempéraments apportés par la jurisprudence aux dispositions du BGB., et sur lesquels nous avons suffisamment insisté (1) ont réussi à réduire le délai à son véritable rôle de délai de grâce.

L'intervention de la jurisprudence en cette matière s'est avérée efficace et équitable dans son ensemble.

Le caractère obligatoire du délai de grâce semble rendre très grande la différence entre les droits allemand et français. Mais, en pratique, elle est atténuée par deux séries de faits.

D'un côté, le caractère judiciaire de la résolution française, ainsi que la possibilité qu'a tout débiteur d'exécuter pendant l'instance, aboutissent à doter le système français d'un délai de grâce implicite coïncidant avec la durée de l'instance.

D'un autre côté, la justice avec laquelle s'exerce le contrôle des tribunaux allemands sur la convenance du délai, ont corrigé par l'équité ce que le caractère obligatoire de ce délai avait de rigide et de mécanique. Les tribunaux allemands ont réussi par cette œuvre de nivellement à rendre plus grandes les similitudes entre les deux systèmes.

SECTION IV

ETROITESSE DU SYSTEME LEGAL ALLEMAND

248. Dans les codes où le législateur a procédé par voie des dispositions générales, en établissant des principes.

(1) Voir *supra*, n^o 94 s.

l'apparition des cas nouveaux ne présente pas de difficultés spéciales.

Toute autre est la situation des codes conçus comme le BGB. et où le législateur a employé une technique législative différente, en donnant des solutions de détail pour chaque cas spécial. A moins d'avoir affaire à un législateur parfait, ayant prévu tous les cas possibles, on aperçoit vite des lacunes. Or, malgré ses efforts, le législateur allemand n'a pas réussi ce tour de force de prévoir toutes les hypothèses possibles. En l'absence de principe général le BGB. avait établi que seulement l'inexécution provenant de l'impossibilité d'exécuter ou du retard est susceptible de justifier l'action en résolution.

Mais le BGB. ne connaît pas non plus de principe général obligeant le débiteur à réparer le dommage causé par la violation des obligations contractuelles. Le BGB. utilise en matière de responsabilité contractuelle, comme en matière d'admission de la résolution une réglementation s'appliquant à des cas particuliers.

On chercherait en vain dans le BGB. un article semblable à l'art. 1147 du Code Civil français établissant à la charge du débiteur, l'obligation générale de répondre de toute inexécution, sauf de celle provenant du cas fortuit ; cet article n'existe pas.

Le BGB. ne met à la charge du débiteur l'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution que dans deux cas visés spécialement. A propos de l'impossibilité, l'art. 280 dispose : « Dès que la prestation devient impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur ait à répondre le débiteur est tenu vis-à-vis du créancier à réparer le dommage résultant de l'inexécution ». L'art. 286 établit à la charge du débiteur l'obligation de réparer le dommage résultant de la demeure. Par là même il ne reconnaît comme source de responsabilité contractuelle que ces deux formes d'inexécution. Le BGB. croit avoir ainsi épuisé tous les cas

où l'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution peut jouer.

Comme en matière de résolution il croit que l'impossibilité fautive d'exécuter et le retard sont les seules formes que l'inexécution peut revêtir. Tout au moins, il croit que ce sont les seules formes d'inexécution susceptibles de fonder la résolution ou de justifier une action en réparation du dommage subi. Or, c'est une erreur, car l'inexécution est une notion large pouvant revêtir les formes les plus variées. Il s'ensuit qu'un des plus grands défauts, fondamental peut-être, est de ne pas admettre l'inexécution comme point de départ, tant pour la résolution que pour la responsabilité contractuelle. Dans le domaine du contrat ces deux dernières notions sont intimement liées. Quoique différentes, elles ont une origine commune : l'inexécution. L'inexécution dans un sens large est la cause immédiate de la résolution. De même elle est la cause de la responsabilité (donc de l'obligation de réparer le dommage dans la mesure où elle a produit un dommage).

Or, pour embrasser la question dans son ensemble, il faut prendre la notion d'inexécution fautive du débiteur dans son sens le plus général, quitte à laisser à tribunaux la tâche de proportionner la réparation au dommage et la résolution à l'inexécution.

Il est non seulement inutile mais criticable de procéder à des précisions artificielles comme celles de rapportant à la cause de l'inexécution (impossibilité, retard, etc...). Il est également faux et illogique de faire une distinction parmi les divers genres d'inexécution et d'attacher seulement à quelques-uns d'entre eux les conséquences qui conviennent à tous. Toute inexécution ne peut certes pas justifier la résolution ; mais l'obligation d'apprécier la gravité de l'inexécution incombe aux tribunaux et non au législateur.

La réglementation partielle et incomplète du BGB. prive le créancier du droit de résolution dans toute une série de cas d'inexécution. Selon le BGB. ne sont pas susceptibles de

résolution les inexécutions provenant du dol, de la faute lourde, de la négligence, de la faute légère, toutes les fois que la possibilité d'exécution en nature subsiste. De même aucun texte du BGB. ne met une action en résolution à la disposition du créancier d'une obligation de ne pas faire, violée par le débiteur. La lacune du BGB. présente des proportions graves. La réglementation partielle et étroite du BGB. s'avère arbitraire et étrangère aux besoins les plus élémentaires de la vie pratique. L'absence de principe général de résolution à la fois caractéristique principale et défaut fondamental du BGB. devrait porter ses fruits au lendemain de sa mise en vigueur.

CHAPITRE II

DES AUTRES CARACTÉRISTIQUES DU SYSTÈME LÉGAL ALLEMAND

SECTION PREMIÈRE

CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DE LA RÉSOLUTION

Les rédacteurs du BGB., suivant la tradition germanique, ont fait de la force obligatoire le principe fondamental en matière des contrats. Logiques avec eux-mêmes, les rédacteurs ont admis la résolution seulement dans les cas où l'exécution en nature du contrat devenait impossible. De cette manière, ils ont abouti à concilier la force obligatoire des contrats et la résolution sans sacrifier le premier principe au second. Cet état de choses produit plusieurs résultats intimement liés les uns aux autres.

249. Les rédacteurs ont assigné à la résolution l'impossibilité comme point de départ, pour la concilier ainsi avec la force obligatoire du contrat. Cette volonté est visible dans le premier projet. Le système allemand se différencie ainsi profondément du système français où la simple inexécution du débiteur peut justifier la résolution.

Se cantonnant au point de vue objectif du contrat, le premier projet semble négliger les intérêts du créancier. Ce système restrictif aurait produit des résultats pratiques désastreux. C'est pourquoi les rédacteurs en insérant les art. 283 et 326 dans le BGB. ont dû prendre en considération les intérêts du créancier. Pourtant, pour aboutir à une symétrie des principes, les rédacteurs ont essayé dans ces cas de

faire coïncider l'inexécution avec l'impossibilité d'exécution. Suivant les art. 283 et 326, l'inexécution du débiteur pendant le délai fonde l'impossibilité juridique d'exécuter le contrat en nature.

Cette caractéristique artificielle et illogique sacrifie la réalité et les intérêts du créancier à la symétrie abstraite des principes. La jurisprudence s'est débarrassée très vite de cette barrière en prenant l'inexécution comme point de départ de la résolution grâce à l'adoption de la théorie de la « Positive Vertragsverletzung ».

250. Par ces dispositions le droit allemand rend légal le caractère de la résolution. Le droit d'option du créancier ne porte pas à la fois sur l'exécution en nature et sur la résolution.

En droit français, la résolution, *ultimum remedium*, possède aussi un caractère subsidiaire à l'exécution en nature. Mais, dans le droit français, ce caractère subsidiaire résulte de la nature des choses, de la hiérarchie existant entre les deux termes de l'option. Cela n'empêche pas que le droit d'option du créancier porte à la fois sur l'exécution en nature et sur la résolution, comme cela convient mieux à ses intérêts.

Toute autre est la situation dans le droit allemand où le caractère subsidiaire de la résolution est de nature légale (1). Selon les art. 325, 326, tant que l'exécution en nature est possible, la résolution est exclue et inversement. C'est un vestige du premier projet où on avait commencé par admettre la résolution seulement dans l'hypothèse où l'exécution en nature était impossible. On avait commencé par dire : tant que l'exécution en nature est encore possible, la résolution n'est pas admise. Plus tard on retournait le raisonnement pour admettre la réciproque. Quand la résolution est admise, l'exécution en nature est exclue.

(1) Voir *supra*. n^{os} 153 s.

Ainsi on a abouti en droit allemand à dissocier les deux termes de l'alternative du droit français. Mais tandis que, dans l'hypothèse de l'art. 325 du BGB., le caractère subsidiaire de la résolution est un pis-aller fatal, dans le cas de l'art. 326 le caractère subsidiaire a été consacré légalement pour des raisons d'esthétique et de symétrie juridique quoiqu'il ne soit ni nécessaire, ni utile.

Rendre légal le caractère subsidiaire de la résolution est un non-sens car la résolution et l'exécution en nature doivent pouvoir coexister. La meilleure preuve que le système allemand est inacceptable est fournie par la jurisprudence qui a anéanti aussi cette caractéristique du système légal.

251. Le droit allemand essaie d'obtenir l'exécution en nature du contrat par tous les moyens. Ainsi, d'après les art. 283 et 326 du BGB., le créancier d'une obligation inexécutée pour pouvoir déclarer la résolution, doit fixer au débiteur un délai pour l'exécution. Ce délai correspond à deux buts différents. L'exécution du contrat est encore possible. Par l'établissement de ce délai, le droit allemand veut forcer le créancier à l'obtenir. Le créancier d'une obligation inexécutée peut avoir deux intérêts contraires. Il peut avoir intérêt ou à l'exécution même tardive du contrat, ou bien à se dégager des liens du contrat si l'exécution tardive n'offre plus d'intérêts pour lui. Le premier cas implique l'exécution du contrat, le second son extinction. Or, la même voie juridique ne peut conduire à ces résultats diamétralement opposés. Le créancier qui a en vue l'exécution du contrat doit la poursuivre par la voie de l'exécution forcée pourvu que la nature de l'obligation ne s'y oppose pas. Si le créancier souhaite l'extinction du contrat, il serait normal de mettre à sa disposition un moyen juridique pour la réaliser.

Or, le droit allemand oblige le créancier à suivre la même voie dans les deux cas. Le créancier d'une obligation inexécutée qu'il poursuive l'exécution du contrat ou la résolu-

tion, est obligé, dans un cas comme dans l'autre, de fixer au débiteur un délai convenable. Pourtant, contraindre le créancier à suivre l'exécution quand il souhaite la résolution est pour le moins étrange. Entre le but poursuivi par le créancier et le chemin mis à sa disposition par la loi, il y a une contradiction inconciliable. On ne peut pas comprendre pourquoi on oblige un créancier qui veut la résolution à établir un délai dont le but est justement de faciliter l'exécution en nature. En d'autres termes, on peut exprimer cette vérité en disant qu'*en droit allemand les chemins qui mènent à la résolution sont faits pour l'éviter*. Le créancier ne pourra pas éviter d'obtenir l'exécution du contrat alors qu'il poursuit sa résolution, en établissant un délai trop court, afin que le débiteur ne puisse pas exécuter. S'il résulte que l'établissement du délai s'est effectué dans cette intention, que les tribunaux qualifient de déloyale (1), alors l'établissement même du délai est inefficace. D'un autre côté, un délai trop court, établi par négligence ou par ignorance, est toujours allongé par les tribunaux. Comme la raison d'être de ce délai est celle de permettre au débiteur d'exécuter le contrat en nature, les tribunaux s'arrogent le droit de contrôler tout délai pour voir s'il est convenable et de prolonger éventuellement un délai trop court (2).

Il s'ensuit que le créancier qui poursuit la résolution par l'établissement d'un délai convenable risque de voir le débiteur sortir de sa passivité et exécuter le contrat. Ainsi il aura obtenu l'exécution du contrat alors qu'il poursuivait sa résolution. En sens inverse, le créancier qui poursuit l'exécution du contrat et qui, dans ce but, accorde au débiteur un délai convenable peut aboutir au résultat opposé à celui qu'il escompte, si l'exécution n'a pas eu lieu à l'expiration du délai. L'expiration du délai attire *ipso facto* l'exclusion

(1) Voir *supra*, n° 102.

(2) Voir *supra*, n° 98 s.

de l'exécution du contrat. Le créancier se voit alors dans la situation d'opter entre la résolution et les dommages-intérêts, tandis qu'il voulait obtenir l'exécution du contrat. Les hypothèses où le créancier obtiendra exactement le contraire que ce qu'il voudra ne sont pas rares lorsque la voie qui mène aux solutions différentes est la même. Par là les désavantages d'un tel système sont suffisamment prouvés. Le créancier n'a pas la certitude d'obtenir ce qu'il vise ou ce qui est plus conforme à ses intérêts. C'est pourquoi la jurisprudence s'est débarrassée de toutes ces caractéristiques du système légal allemand qui sont contraires aux besoins les plus élémentaires de la vie pratique.

SECTION II

CARACTÈRE NON-JUDICIAIRE DE LA RÉSOLUTION

252. Le caractère non-judiciaire que possède la résolution en droit allemand constitue une autre différence avec le système français. Les explications fournies à ce sujet nous dispensent d'y revenir (1).

Pourtant il convient de rappeler qu'en fait les différences entre les deux systèmes ne sont pas si grandes. Deux catégories de faits interviennent pour les réduire. D'une part, en droit allemand, les tribunaux saisis par le débiteur interviennent *a posteriori* pour examiner si les conditions légales étaient remplies au moment de la déclaration de résolution. D'autre part, la jurisprudence française, plus souple que le Code Civil, valide les ruptures unilatérales du contrat pour des raisons d'urgente nécessité. Dans ces hypothèses, les tribunaux se limitent à constater la résolution et à exercer un contrôle *a posteriori*. De cette façon, le droit français et le droit allemand, quoiqu'opposés en théorie, se rapprochent presque jusqu'à se confondre sur le terrain pratique. Il faut pourtant remarquer que le système allemand est

(1) Voir *supra*, n^o 189 s.

légal et général tandis que le système français est jurisprudentiel et applicable seulement à la rupture unilatérale du contrat.

SECTION III

NON-CUMUL DES DOMMAGES-INTÉRÊTS AVEC LA RÉOLUTION

253. L'interdiction de cumuler l'exercice de la résolution et la réparation du dommage résultant de l'inexécution, constitue une autre caractéristique du système légal allemand.

Mais ce principe n'a pas une portée définitive. En adoptant la « Differenztheorie » la jurisprudence a abouti à l'anéantir dans une grande partie. Le créancier qui déclare la résolution et exige en même temps réparation du dommage causé par l'inexécution sera privé du bénéfice du cumul. Mais le créancier d'une obligation inexécutée, réalisant un « Deckungsgeschäft » aboutira pratiquement à cumuler la rupture unilatérale du contrat et la réparation du dommage causé par l'inexécution. Ce résultat défavorable que produit l'exercice de la résolution proprement dite, peut expliquer dans une certaine mesure le développement modeste que cette institution a reçu en Allemagne.

Le principe légal interdisant le cumul est inéquitable, artificiel et défavorable aux intérêts de la partie de bonne foi (1). Cédant aux besoins de la vie pratique, la jurisprudence a brisé le cadre étroit, en adoptant la « Differenztheorie ». Nous considérons cette jurisprudence comme une preuve de plus que le système légal artificiel et étroit ne satisfait pas les nécessités de la vie juridique. Par la pratique du remplacement le droit allemand s'est rapproché du droit français aussi sur ce point. L'admission partielle du

(1) Voir *supra*, n°s 170 s.

cumul et l'incohérence résultant de l'existence dans la même matière de deux solutions opposées, suivant qu'on se place du point de vue de la résolution ou du « Deckungsgeschäft » constituent les seuls vestiges actuels du principe légal interdisant le cumul.

SECTION IV

EFFET PERSONNEL QU'ENTRAÎNE LA RÉOLUTION EN DROIT ALLEMAND

254. En droit allemand les effets de la résolution ne sont pas ceux d'une condition résolutoire. L'obligation de restituer entraînée par l'exercice de la résolution est personnelle et non réelle. Le créancier d'une obligation inexécutée ne retrouvera pas en droit allemand aucun des avantages que lui fournit la résolution aux effets réels. Nous ne revenons plus sur ce qui a été déjà dit (1). Pourtant nous voulons souligner que c'est peut-être la seule caractéristique du système allemand possédant une portée réelle. La jurisprudence la conservait dans son entier sans lui apporter de restriction ou d'exceptions.

Sur ce point la différence entre le système allemand et le système français est très grande. Si aux effets personnels on ajoute le principe interdisant au créancier qui déclare la résolution d'obtenir en même temps la réparation du dommage causé par l'inexécution, on comprend dans une large mesure le rôle modeste que la résolution joue en droit allemand contemporain.

(1). Voir *supra*, n^{os} 219 s.

DEUXIÈME PARTIE

**DE LA FORMATION D'UNE
JURISPRUDENCE
BRISANT LE CADRE LÉGAL**

Les rédacteurs du BGB. n'ont pas compris la véritable portée de la résolution. Restant à mi-chemin entre la tradition du droit allemand qui excluait la résolution et les nécessités de la vie pratique qui l'exigeait, les rédacteurs ont construit un système hybride, plein de contradictions, artificiel et insatisfaisant. Quelques années d'application ont été suffisantes pour dénoncer ses formules compliquées et abstraites ainsi que ses lacunes graves. Les tribunaux n'ont pas hésité à sacrifier la plupart des caractéristiques du système légal pour donner satisfaction aux besoins de la vie pratique. Ainsi le droit allemand s'est beaucoup rapproché du système français.

•

CHAPITRE PREMIER

DES LACUNES DU BGB. RELEVÉES

PAR LA DOCTRINE

SECTION PREMIÈRE

DE LA THÉORIE DE STAUB

255. Au lendemain de la promulgation du BGB. en 1902, Staub (1) attire l'attention du monde juridique allemand sur la fâcheuse constatation que le BGB. contient une lacune. Le BGB. a accordé au créancier un droit de réparation pour le dommage subi et un droit de résolution seulement pour le cas d'impossibilité et de retard d'exécution du débiteur.

Staub a remarqué que le BGB. passe sous silence la série des hypothèses dans lesquelles « quelqu'un viole une obligation contractuelle par un fait positif, en faisant ce qu'il doit éviter, ou exécute l'obligation qu'il doit effectuer mais de façon défectueuse » (2). Staub estime qu'il s'agit d'une lacune du BGB. en ce qui concerne les « *Positiven Vertragsverletzungen* ». Par ce terme il entend les violations des obligations contractuelles d'abstention (3), dues à des faits positifs.

(1) Dans *Festschrift für den 26 Deutschen Juristentag*. Cet article, qui a eu un succès retentissant, a fait l'objet d'un tirage à part, sous le titre de *Die Positiven Vertragsverletzungen*.

(2) STAUB, *Positiven Vertragsverletzungen*, p. 5.

(3) Depuis lors ce terme a pris un sens extensif. On comprend par *Positiven Vertragsverletzungen* toutes les inexécutions, toutes les viola-

La théorie de Staub peut être résumée de la façon suivante :

a) Le BGB. ne possède pas d'article imposant au débiteur l'obligation de réparer le dommage causé, comme principe général de responsabilité. L'art. 276 du BGB. qui dispose que « le débiteur doit, à moins de dispositions différentes, répondre de son fait intentionnel et de sa négligence » ne constitue pas le fondement mais le critère de l'étendue de la responsabilité (Kein Haftungsgrund sondern ein Haftungsmaßstab). Mais Staub appuie cette opinion sur un simple jeu de mots. L'art. 276 parle de responsabilité (Zu vertreten haben) mais non de verser des dommages-intérêts (Schadenersatz leisten). Or, à son avis, ces deux notions ne sont pas identiques, car réparation ne veut pas dire obligation aux dommages-intérêts. La preuve lui en est fournie par les art. 280, 285, 286 BGB. où la réparation du dommage est l'effet juridique de la responsabilité. « Si ces expressions avaient le même sens, alors ces articles auraient contenu la tautologie suivante : celui qui a à prêter des dommages-intérêts doit prêter des dommages-intérêts. Après la disposition générale relative à la réparation du dommage contenue dans l'art. 276, c'eût été inutile de répéter la même chose pour le cas d'impossibilité et de retard d'exécution » (1). Ce serait le résultat d'une méconnaissance totale de la technique législative, qu'il estime ne pas pouvoir imputer aux rédacteurs. Staub conclut que « l'art. 276 ne donne pas autre chose que la définition de la faute civile, » à laquelle le BGB. se réfère ensuite à plusieurs reprises.

b) Staub estime que la réglementation du BGB. est insuffisante, puisqu'elle contient des lacunes. Sa pratique de

tions des obligations contractuelles expresses ou tacites ou les mauvaises exécutions, qui ne sont pas prévues par la loi et qui, mettant en danger le but du contrat, justifient une action en résolution ou en réparation du dommage.

(1) STAUB, *op. cit.*, p. 7.

jurisconsulte lui fournit de nombreuses hypothèses qui ne peuvent pas être résolues à l'aide des dispositions du BGB. L'aubergiste obligé de se procurer de la bière de la même fabrique a un intérêt à résoudre immédiatement le contrat si la brasserie lui fournit continuellement de la mauvaise bière. Mais le BGB. ne lui procure pas le moyen de se dégager du contrat. C'est également le cas du patron qui ne trouve pas dans le BGB. un texte lui permettant de résoudre le contrat lorsque son employé travaille pour une maison concurrente. Ou enfin l'hypothèse d'une maison qui s'était engagée envers une autre à ne pas vendre des lampes en France et qui le fait pourtant. La simple énonciation de ces hypothèses prouve radicalement l'insuffisance des mesures édictées par le BGB.

c) Staub estime que cette lacune doit être comblée par l'application par analogie des dispositions de l'art. 326 BGB.

Les tribunaux doivent déduire leurs solutions par voie d'analogie, chaque fois qu'ils ne peuvent les obtenir directement du BGB. (1). Entre la « Positive Vertragsverletzung » et le retard d'exécution prévu par l'art. 326 il existe une ressemblance justifiant l'emploi de l'analogie, car de même que cet article accorde un droit d'option entre les dommages-intérêts et la résolution, lorsque le débiteur n'exécute pas, de même on est complètement justifié à accorder par analogie un semblable droit d'option, quand une obligation contractuelle est violée par un fait positif » (2). Les intérêts du créancier et l'argumentation juridique qui sont à la base des deux institutions sont les mêmes. « Celui qui commet des « Positiven Vertragsverletzungen » mettant en péril le but du contrat, doit admettre que les conséquences juridiques des violations de ces obligations soient jugées de la même façon que les violations des obligations de celui

(1) STAUB, *op. cit.*, p. 22 ; DERNBURG, p. 79 ; KIPP bei WINDSCHEID, I, p. 22 ; STAUB, *op. cit.*, p. 8.

(2) STAUB, *op. cit.*, p. 23.

qui, par son attitude négative ou par le retard fautif d'exécuter la prestation due, met en péril le but contractuel » (1).

Mais l'art. 326 exige la fixation d'un délai convenable, avant d'accorder la résolution. Staub est d'avis qu'au cas de « Positive Vertragsverletzung », non seulement il n'y a pas lieu d'exiger la fixation d'un délai, mais on devrait l'exclure. Il conclut que l'art. 326 serait applicable aux « Positiven Vertragsverletzungen » « avec cette seule restriction » (2).

Staub estime que de cette manière, les nécessités de la vie pratique seront satisfaites. Tout délit contractuel commis par une partie aura pour conséquence de faire naître au profit de l'autre un droit d'option entre la résolution et les dommages-intérêts.

Mais une fois admise la notion de « positive Vertragsverletzungen » on peut aller plus loin et l'appliquer aux contrats à exécution successive.

Supposons qu'une des livraisons partielles d'un semblable contrat soit entaché de vices. Selon l'art. 325 le créancier peut déclarer la résolution par rapport à la livraison partielle entachée des vices. Mais il semble impossible d'obliger le créancier à attendre chaque livraison partielle pour la réfuter en déclarant la résolution partielle. Il est nécessaire de mettre à la disposition du créancier un droit de résolution lui permettant de se dégager immédiatement du contrat tout entier si une des prestations est entachée de vices. Staub estime que dans la livraison de marchandise entachée de vices on peut voir une « Positive Vertragsverletzung », justifiant l'usage immédiat de la résolution.

La théorie de Staub a eu un succès retentissant. Elle a été à l'origine d'un mouvement doctrinal, tel que peut-être aucune autre question du BGB. n'en a fait naître de semblable. Il n'y a pas un auteur qui n'ait écrit pour combattre,

(1) STAUB, *op. cit.*, pp. 23-24.

(2) Qui d'ailleurs est d'un intérêt capital.

pour soutenir une opinion sur ce point, ou pour proposer son système propre.

La théorie de Staub a produit aussi des résultats concrets pour la vie pratique. La jurisprudence s'est immédiatement approprié tant ses conclusions que son argumentation (1).

256. Mais, si fondée soit-elle dans son ensemble, la théorie de Staub nécessite certaines précisions. D'un côté elle doit être limitée. Son auteur a exagéré en attribuant à la lacune du BGB. des proportions qu'elle ne possède pas en réalité. Staub était autorisé à formuler des critiques contre le système de responsabilité consacré par le BGB. Il s'est aperçu que quelque chose en empêchait le bon fonctionnement.

Seulement Staub s'est trompé en croyant que le défaut du BGB. consistait dans l'absence d'un principe général posant pour le débiteur l'obligation de répondre de ses actes dommageables. Il est certain que le BGB. connaît ce principe général de responsabilité délictuelle. L'allégation de Staub semble impossible à soutenir en présence des art. 823 et 276 qui dispose que « le débiteur doit à moins de disposition différente répondre de son fait intentionnel et de sa négligence ». D'ailleurs les arguments mêmes invoqués par Staub, constituent un simple jeu de mots, dépourvu de toute valeur juridique (2).

Ce qui fait défaut au BGB. c'est un article consacrant le principe général de la responsabilité contractuelle. Comme nous l'avons déjà remarqué (3), le BGB. ne possède pas un article semblable à l'art. 1147 du C. Civ. fr. L'action en réparation du dommage, de même que la résolution ne peuvent être mises en mouvement par toute inexécution. Le BGB. estime que seules les inexécutions dûes à l'impossibi-

(1) Nous revenons là-dessus, voir *infra*, p. 513.

(2) Voir n^{os} précédents.

(3) Voir n^{os} 56, 248.

lité (art. 280) et au retard (art. 286) sont susceptibles de justifier l'action en réparation du dommage. Donc ce qui manque au BGB. ce n'est pas le principe de la responsabilité délictuelle, mais celui de la responsabilité contractuelle. Modifiée ainsi la critique de Staub conserve toute sa valeur.

D'un autre côté la théorie de Staub est trop étroite. En effet il considère que le BGB. n'a pas mis à la disposition du créancier un droit de résolution au cas où le débiteur viole une obligation de ne pas faire par un fait positif. Cette fois la lacune a des proportions plus larges. Le BGB., en consacrant un droit de résolution spéciale pour les cas d'impossibilité et de retard d'exécution, n'a rien disposé pour tous les autres cas d'inexécution provenant de causes différentes. La réglementation partielle du BGB. prive le créancier du droit de résolution dans toute une série de cas d'inexécution. Selon le BGB. ne sont pas susceptibles de résolution les inexécutions provenant :

a) du dol ; b) de la faute lourde ; c) de la négligence ; d) de la faute légère, du débiteur, toutes les fois que la possibilité d'exécution en nature subsiste ; e) du fait que le débiteur exécute d'une manière entachée de vices ou différente de celle prévue dans le contrat ; f) du fait que le débiteur refuse d'exécuter, etc...

Cette énumération qui n'a rien de limitatif prouve que la lacune du BGB. dépasse les proportions que lui a attribuées Staub. Le défaut du BGB. c'est d'avoir procédé à une réglementation partielle et incomplète et de ne pas connaître un principe général suivant lequel toute inexécution justifie la résolution, quitte à laisser aux tribunaux la mission d'en apprécier la gravité dans chaque cas spécial.

SECTION II

DES THÉORIES SOUTENANT
QUE LE BGB. NE POSSEDE AUCUNE LACUNE§ 1^{er}. — Théorie de Goldmann-Lilienthal

257. Une certaine partie de la doctrine, en minorité d'ailleurs, a refusé d'accepter la théorie de Staub. Plusieurs auteurs, chacun par un système différent, se sont évertués à prouver que le BGB. ne contenait aucune lacune.

Ainsi la théorie de Goldmann-Lilienthal (1). Ces auteurs estiment que le BGB. ne contient aucune lacune parce que l'obligation générale de réparer le dommage peut être établie à l'aide de la notion d'impossibilité. Ils reconnaissent que le BGB. ne contient aucune disposition générale obligeant le débiteur à réparer le dommage causé par son attitude fautive contraire à l'esprit du contrat.

Mais toute attitude du débiteur opposée à l'esprit du contrat peut fonder l'obligation de réparation, lorsqu'elle engendre l'impossibilité d'exécuter selon les termes du contrat. Au lieu de faire jouer l'impossibilité au moyen de l'inexécution ces auteurs s'efforcent de faire jouer l'inexécution au moyen de l'impossibilité. Goldmann-Lilienthal veulent établir, non que l'impossibilité est une forme d'inexécution, mais que toute inexécution constitue un genre d'impossibilité. Ces auteurs estiment que l'impossibilité peut atteindre n'importe quelle partie de l'exécution, c'est-à-dire l'objet, le lieu ou la date. L'exécution d'une obligation implique le respect de tous ces éléments. Le fait de ne pas respecter un seul de ces éléments de l'exécution fonde une impossibilité partielle. La livraison d'un objet

(1) GOLDMANN-LILIENTHAL, Bd. 1, p. 333.

entaché de vices (même si elle laisse entière la possibilité de livrer ultérieurement un objet de bonne qualité) fonde une impossibilité partielle par rapport à la date convenue. Le BGB. ne contient aucune lacune, car l'obligation de réparer le dommage résulte de l'art. 280 qui dispose : « Dès que la prestation devient impossible par suite d'une circonstance dont le débiteur ait à répondre, le débiteur est tenu vis-à-vis du créancier de réparer le dommage résultant de l'inexécution ».

258. Cette opinion est réfutée par Staub qui soutient que l'art. 280 du BGB. s'applique aux obligations positives, qu'on est dans l'impossibilité d'exécuter. Staub estime que la mauvaise exécution (entachée de vices) n'exclut pas toujours l'exécution normale. Pour illustrer son affirmation il donne l'exemple devenu célèbre (1) de l'associé obligé de tenir les registres de la société, et d'établir un bilan dans les premiers trois mois de l'année. Supposons que l'associé établisse un bilan très favorable dans les deux premières semaines. La société prend des mesures en conséquence. Deux semaines plus tard on découvre que par suite d'une négligence grave l'associé avait établi un bilan faux. On établit un bilan exact. La situation qui en résulte n'est plus si favorable. Les mesures déjà prises ont causé des dommages. Dans cette hypothèse l'établissement d'un bilan exact est possible jusqu'à l'expiration des trois mois. Le bilan faux ne rend pas impossible le bilan exact. Dans ce cas on ne peut parler ni d'impossibilité, ni de retard. « Il n'y a impossibilité par rapport à l'objet, ni par rapport à l'élément temps » (2). Si cette explication était vraie, « toute la doctrine de la demeure et du retard serait superflue » (3).

(1) STAUB, *op. cit.*, pp. 10-11.

(2) STAUB, *op. cit.*, p. 12.

(3) STAUB, *op. cit.*, p. 13.

§ 2. — Théorie de Scholler

259. Scholler (1) fait une tentative d'explication dans le même sens mais basée sur un autre système. Selon cet auteur la conclusion du contrat oblige le débiteur non seulement à exécuter son obligation, mais l'oblige encore à « s'abstenir de toute prestation contraire au contrat ». L'obligation d'exécuter comporte non seulement la nécessité d'exécuter conformément au contrat, mais aussi l'interdiction d'exécuter d'une autre façon. En conséquence, le débiteur qui livre un objet entaché de vice viole cette deuxième obligation de s'abstenir de toute exécution non conforme au contrat. Or cette violation fonde « l'impossibilité d'exécuter l'obligation de ne pas faire (2) ».

Staub n'admet pas l'explication de Scholler qu'il trouve artificielle. La « Positive Vertragsverletzung » est autre chose que l'impossibilité ou le retard.

§ 3. — Théorie de M. Himmelschein

260. Dernièrement M. Himmelschein (3) a fait une tentative très intéressante pour expliquer la lacune du BGB.

Cet auteur commence par critiquer la théorie de Staub, qui ne le satisfait pas. Selon Staub les « délits contractuels » sont positifs ou négatifs ; l'inexécution est négative, la violation d'une obligation est positive. Celui-ci peut résulter d'une contravention à une obligation de ne pas faire, ou d'une exécution défectueuse. Cela correspond à la division faite par les Pandectes entre « culpa in faciendo et culpa in non faciendo ». C'est pourquoi, selon M. Him-

(1) SCHÖLLER, *Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete, und Dienstvertrag nach dem BGB.*, GRUCHOTS B., Bd. 46, pp. 26 s.

(2) SCHÖLLER, *op. cit.*, p. 27.

(3) HIMMELSCHHEIN, *Erfüllungszwang und Lehre von den Positiven Vertragsverletzungen*, Arch. Ziv. Recht. Bd. 135, p. 255.

melschein, Staub n'a rien apporté de neuf, par rapport au droit commun.

« L'obligation du débiteur ne peut être violée autrement que par l'inexécution. Celui qui croit vraiment que la violation et la rupture du contrat sont autre chose que l'inexécution est victime des mots » (1).

La théorie de Staub repose sur un « *principium divisionis* » impropre, car cet auteur met l'accent sur « *Anders-tun* » (exécuter autrement) et alors deviennent délits contractuels toutes les manœuvres contraires à l'obligation, toutes les abstentions du débiteur. Or le moment décisif consiste dans le « *Nicht-tun* » (ne pas exécuter). L'« *Anders-tun* » ne peut présenter d'intérêt que comme une forme du « *Nicht-tun* ». Il ne s'agit pas de savoir si le dommage a eu lieu par la suite de livraison ou de non-livraison, mais s'il a pris naissance par suite de l'inexécution du débiteur. La « *Positive Vertragsverletzung* » ne peut avoir une existence propre à côté de l'inexécution (2). A cause de la pluralité de sens de l'expression « inexécution » et pour éviter les malentendus il est nécessaire de préciser ce qu'on entend par inexécution.

La théorie de la « *Positive Vertragsverletzung* » n'est pas une trouvaille heureuse. La faute en revient à la méthode de Staub, « à son interprétation abstraite qui sépare le Code de ses sources historiques et néglige en conséquence la formation historique du BGB. ainsi que sa conception » (3). Staub commet une erreur encore plus grave quand il remplace la notion technique d'impossibilité au sens judiciaire par celle d'impossibilité au sens de lois naturelles. La manœuvre exécutée par le débiteur au mépris du contrat n'est pas considérée du point de vue juridique, comme inexécution d'une obligation, mais au point de vue matériel.

(1) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 311.

(2) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 313.

(3) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 314.

Toute codification nouvelle fait naître l'illusion « d'un droit nouveau ». Le phénomène s'est passé pour le Code Civil français (1) et s'est répété pour le Code Civil allemand.

261. Selon cet auteur le défaut du code est de nature technique et peut être expliqué par l'origine historique des textes.

M. Himmelschein commence par constater que le débiteur qui n'exécute pas son obligation peut être contraint de le faire. Pour cela il y a deux moyens : ou l'obliger à exécuter exactement l'obligation initiale, ou l'obliger à fournir des dommages-intérêts en remplacement.

Dans le droit romain classique l'obligation ne consistant pas dans une somme d'argent ne pouvait être exécutée directement par contrainte. « La structure du procès classique conduisait seulement à une condamnation en argent » (2). Dans le Common Law non plus il n'existe pas de contrainte pour l'exécution de l'obligation initiale. « L'Equity avait imaginé dans l'institution du *Specific performance* l'exécution forcée » (3).

La jurisprudence continentale, inspirée par le nouveau droit romain, exige du débiteur l'exécution exacte de la prestation par la condamnation *ad ipsam rem* et par la contrainte *manu militari*.

Toutefois il convient de remarquer que l'exécution forcée doit avoir certaines limites résultant de la nature des choses. Ainsi personne ne peut être forcé à l'exécution d'une obligation devenue impossible. De même le débiteur ne peut pas être contraint à l'exécution d'une obligation de faire. On ne peut l'y contraindre qu'indirectement en le condamnant au paiement d'une somme d'argent. Pourtant ces mesures au caractère de peine peuvent ne pas aboutir

(1) PLANIOL, I, n° 129 ; LAMBERT, *Droit commun législatif*, p. 94.

(2) HIMMELSCHHEIN, *op. cit.*, p. 255.

(3) HIMMELSCHHEIN, *op. cit.*, p. 256.

au résultat désiré. En tout cas elles constituent une grave et regrettable atteinte à la liberté humaine. Les postglossateurs (1) se prononçaient contre l'emploi de la force en vue d'obtenir l'exécution *in specie*. Ainsi ils estimaient que : « *nemo praecise cogi potest ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non posset, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio ejus quod interest* ». Pothier (2) reprend cette idée et aboutit à la formule consacrée plus tard par le C. Civ. Fr. dans son art. 1142 selon lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». L'article 1142 du C. Civ. Fr. fait naître une série de difficultés pour le droit français. M. Himmelschein (3) estime qu'une de ces difficultés consiste à savoir quelles sont les obligations de faire. Il s'agissait de savoir si l'obligation de faire est la même que l'obligation de *facere* du droit romain. Pothier (4) semble lui avoir donné un contenu plus large. Les difficultés ont continué dans la jurisprudence française. La deuxième difficulté consiste d'établir à quel moment l'obligation doit être considérée comme non exécutée et par conséquent à quel moment l'objet de l'obligation initiale se transforme en une créance en dommages-intérêts. « Appliqué à la lettre, l'art. 1142 du C. Civ. va conduire dans la majorité des cas à exclure l'exécution (en nature). Les graves controverses sur ces questions s'étendent sur tout le droit civil français du XIX^e siècle. »

« Les auteurs du BGB. se sont trouvés en présence des mêmes problèmes. La nécessité de faire la clarté sur cette question et celle d'éviter à l'avenir ces controverses expli-

(1) BARTOLUS ad D. 19.1.1 ; Anton FABER, *Rationalia in secundam partem Pandectarum*, Genève, 1626, ad D. 8, 5, 6, 2, cités par HIMMELSCHIN.

(2) POTHIER, *Traité des obligations*, II, n° 157, 158.

(3) HIMMELSCHIN, *op. cit.*, pp. 257-258.

(4) POTHIER, *Vente*, n° 66.

quent leur prise de position. Les auteurs du BGB. se sont placés à un point de vue opposé à celui du droit français. »

« L'inexécution ne transforme pas l'obligation en une créance de dommages-intérêts. Les deux parties conservent leurs droits et obligations. Le débiteur reste obligé d'exécuter l'obligation initiale, et le créancier obligé de l'accepter. L'obligation d'exécuter dans la *forma specifica* est écartée (1) seulement quand l'obligation initiale devient impossible. De tout cela ressort clairement la raison pour laquelle le problème de l'impossibilité de la prestation reçoit une position centrale dans le BGB. par opposition au rôle relativement modeste qu'elle a joué dans les codifications ainsi que dans le système antérieur. »

« L'impossibilité a dans le Code une fonction spéciale, à savoir celle d'établir quand l'inexécution doit être considérée comme définitive, donc quand la créance des dommages-intérêts se substitue à l'exécution de l'obligation primaire. » « Les auteurs croyaient avoir ainsi résolu le problème de l'exécution dans la « *forma specifica* ». Les controverses du droit français ont été en grande partie épargnées au droit allemand. Mais du fait de la construction défectueuse et de la réglementation obscure du BGB. naissent d'autres problèmes peut-être plus délicats. La doctrine de la « Positive Vertragsverletzung » est un de ceux-là » (2).

Se basant sur des arguments tirés de l'origine historique, M. Himmelschein estime que l'art. 276 BGB. contient le principe général de la responsabilité du débiteur. « Vertreten », « Verantworten », « haften », « einstehen » signifient une seule et même chose : prendre à sa charge les conséquences défavorables d'un fait. Cela peut se réaliser de plusieurs façons : ou par le paiement des dommages-intérêts ou par l'exécution d'une autre prestation équivalente, etc. « Le but de la règle est que le créancier soit

(1) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 258.

(2) HIMMELSCHN, *op. cit.*, pp. 258-259.

complètement satisfait, cela peut se réaliser par l'exécution en nature ou par la prestation d'un « Ersatz » (1) (d'un équivalent).

Mais le législateur allemand a voulu éviter les difficultés du droit français relatives aux conditions dans lesquelles on peut exiger l'exécution en nature ou les dommages-intérêts. Après avoir vu les difficultés que ce problème a soulevées en droit français on comprend, estime-t-il, la position du législateur allemand qui a voulu les écarter en faisant intervenir le principe excluant les dommages-intérêts tant que l'exécution en nature est possible. Selon l'art. 1142 du C. Civ. Fr. toute obligation de faire se transforme en une créance de dommages-intérêts en cas d'inexécution. « La règle est manifestement inéquitable et à éviter pour les nouveaux Codes » (2). C'est ce qu'ont fait les rédacteurs du BGB. ; en consacrant l'art. 286 ils ont refusé d'adopter le principe français selon lequel l'obligation de faire quelque chose en cas de retard se transforme en créance de dommages-intérêts.

Le Code Civil allemand permet au créancier d'exiger des dommages-intérêts seulement quand l'impossibilité totale ou partielle de la prestation est établie par la voie de l'art. 283 BGB. Il résulte des articles 276-78 BGB. que le débiteur ne peut pas imposer à son gré au créancier une exécution par équivalent à la place de l'exécution en nature (3). « Les rédacteurs voulaient empêcher le débiteur d'imposer au créancier un surrogat (ersatz) à la place de la prestation due initialement » (4). C'est pourquoi l'art. 276 BGB. parle de « vertreten » (répondre) et non de dommages-intérêts, et c'est pourquoi l'art. 280 lie les dommages-intérêts à l'impossibilité. « Le lien des dommages-intérêts

(1) HIMMELSCHN, *po. cit.*, p. 273.

(2) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 274.

(3) *Motive*, II, p. 249.

(4) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 274.

avec l'impossibilité rempli par conséquent dans le Code une fonction technique, celle de défendre le créancier. » Le raisonnement est simple : « si l'exécution est possible le débiteur doit exécuter, si elle est impossible il doit verser des intérêts ».

Mais « autant il faut considérer comme raisonnable la conception du législateur refusant d'admettre les dommages-intérêts tant que l'exécution en nature peut assurer la satisfaction du créancier, autant la construction technique est maladroite » (1). En réaction contre l'insuffisance de l'exécution forcée dans le droit français (2), le BGB. tombe dans l'extrême opposé, et pousse l'idée de cette exécution trop loin.

Pour le droit allemand le principe est donc que « le débiteur doit effectuer la prestation tant qu'elle est possible ». A la base de la théorie de l'impossibilité telle que le BGB. l'a consacrée, se trouve la théorie de Mommsen (3). Pour cet auteur l'expression « prestation » devant s'entendre très largement et se référant à l'objet, au temps et au lieu d'exécution. Par conséquent on a affaire à une inexécution non seulement quand le débiteur n'exécute pas du tout, mais toutes les fois où la prestation ne coïncide pas avec celle qui est due, dans un de ces trois points indiqués. Ainsi comprise la prestation peut devenir impossible, non seulement d'une manière totale mais aussi partiellement, quant à ses modalités, ou quant à une condition ou à une qualité spéciale.

« Il n'y a pas de cas d'inexécution qui n'entraîne en même temps une impossibilité complète ou partielle de la prestation exacte » (4). La théorie de Mommsen malgré les critiques reste inébranlée. L'impossibilité d'exécution de la

(1) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 275.

(2) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 275.

(3) MOMMSEN, *Unmöglichkeit*.

(4) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 306.

prestation (art. 280 à 325 BGB.) et la demeure (art. 286 et 326) apparaissent pour la première fois non comme indépendantes mais comme deux variétés d'une même espèce.

« La demeure sera considérée comme une subdivision de l'impossibilité partielle, qui n'est elle-même qu'une variété de la notion d'impossibilité. » « L'analyse des notions légales de prestation, inexécution, impossibilité, montre que le Code apparaît sans lacune si on ne procède pas à l'interprétation de ces notions d'après un critérium étranger (1). Toute inexécution de l'obligation du débiteur fonde au moins une impossibilité partielle de la prestation qui, à son tour, a pour conséquence la naissance de la créance au dommage ou le droit de résolution. »

Le défaut du Code ne consiste pas dans une lacune mais dans son obscurité. « Sa cause réside dans la copulation (Verkoppelung) maladroite du problème de la responsabilité avec le problème de l'exécution forcée. » A M. Himmelschein de conclure que « le défaut du Code est de nature technique ».

262. La théorie de M. Himmelschein est d'une belle tenue scientifique. Son auteur emploie des arguments neufs destinés à justifier ses conclusions. Pourtant elle a soulevé de nombreuses critiques.

M. Stoll, tout en étant frappé par les arguments de M. Himmelschein, refuse d'admettre sa théorie. Il affirme que la théorie de l'impossibilité de Mommsen, dans la forme que M. Titze et M. Himmelschein lui prêtent, n'a pas été construite par Mommsen et n'a pas pénétré dans le droit allemand. Il est possible que Mommsen ait attribué un sens large à l'inexécution, sens selon lequel l'impossibilité partielle est relative aux modalités. Après une analyse serrée de la théorie de Mommsen, M. Stoll (2) arrive à la conclu-

(1) HIMMELSCHIN, *op. cit.*, p. 307.

(2) STOLL, *Abschied von der Lehre von der Positiven Vertragsverletzungen*, *Arch. Ziv. Prax.*, Bd. 136, pp. 270-272.

sion que cette opinion n'est pas fondamentale pour la doctrine de Mommsen, qui ne l'a exprimée ni intégralement, ni d'une manière définitive. M. Stoll estime qu'au sens du BGB. l'impossibilité se réfère seulement à l'objet (1). Il considère comme erronée l'opinion de M. Himmelschein suivant laquelle l'inexécution est un cas d'impossibilité totale ou partielle et suivant laquelle le BGB. aurait adopté cette théorie large de l'impossibilité. Même si elle est recommandable, il reste à savoir si le Code l'a adoptée. Il faut répondre « à cette question par la négative » (2). La justification théorique des résultats ne peut pas être une preuve de l'adoption de cette théorie par le législateur.

D'autres auteurs qui ont, comme Lesser (3), traité de la question aboutissent à la conclusion que le BGB. ne comprend par impossibilité que celle qui se réfère à l'objet de la prestation. D'ailleurs, le but même que s'est proposé le législateur allemand, selon M. Himmelschein, va à l'encontre de la théorie de l'impossibilité comprise dans son sens large. Dans le droit allemand on a voulu écarter le principe français selon lequel l'exécution en nature se trouve transformé du fait de l'inexécution. On a voulu forger un système, selon lequel le débiteur serait obligé d'exécuter tant que l'exécution en nature serait possible. Or, on n'aboutit pas à ce résultat si on admet que toute inexécution fonde au moins une impossibilité partielle. Par là même on exclut l'exécution *in specie*. Cette solution serait tout à fait opposée à celle visée, selon M. Himmelschein, par les rédacteurs.

La notion d'impossibilité au sens large a de l'importance au point de vue théorique. Mais selon Seuffert (4), les

(1) STOLL, *op. cit.*, p. 273.

(2) STOLL, *op. cit.*, p. 274.

(3) LESSER, *Das Rücktrittsrecht bei Positiven Vertragsverletzungen*.

(4) SEUFFERT, *Beiträge zur Enläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich*, BEKKER FISCHER, Heft II ; FREITAG, *op. cit.*, p. 31.

auteurs tels que Windscheid la rejettent. Il ressort de l'ouvrage de Kipp-Windscheid que la doctrine passe sous silence l'hypothèse de mauvaise exécution ; elle ne l'a donc pas considérée comme un cas d'impossibilité.

D'ailleurs Mommsen ne semble pas avoir adopté non plus entièrement la théorie de l'impossibilité dans son sens large. Comme exemple à l'appui, on peut citer le fait qu'il considère que l'inexécution d'une obligation de notification ne fonde pas l'impossibilité (1).

263. Mais il semble qu'on puisse faire d'autres objections à la théorie de M. Himmelschein. La première partie de sa théorie est destinée à prouver que la consécration par le Code Civil français du principe suivant lequel toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout du fait de l'inexécution en une créance de dommages-intérêts ; elle n'est pas à l'abri de toute critique. La faute de M. Himmelschein est d'avoir étudié cette règle juridique indépendamment du système dont elle fait partie. Dans la majorité des cas une institution juridique n'est qu'une pièce d'un système. Pour pouvoir la comprendre et l'expliquer il faut lui rendre sa vraie physionomie, l'intégrant dans le système juridique dont elle fait partie. C'est ce que M. Himmelschein n'a pas fait. Vouloir expliquer à part une institution juridique, c'est bien des fois aboutir à des conclusions fausses, comme le fait M. Himmelschein.

La règle « *Nemo potest precise cogi ad factum* » semble avoir été employée pour la première fois au xvr^e siècle par Antoine Favre, président du Parlement de Chambéry. Les jurisconsultes du xvii^e et du xviii^e siècles ont donné une interprétation assez restrictive de cet adage. Le jurisconsulte Vinnius propose d'abandonner la division romaine des obligations de donner et de ne pas faire. Il propose de distinguer les obligations de faire en « *nuda facta* » ou « *mera*

(1) MOMMSEN, *Unmöglichkeit*, pp. 197, 270.

facta » qui ne sont pas susceptibles d'exécution forcée, et les obligations qui consistent « *in alicujus rei praestatione* », susceptibles d'exécution forcée. Pothier non plus n'a pas abandonné la théorie de l'exécution *in specie*, même pour les obligations de faire (1). Selon lui la règle indiquée ne s'applique pas au « *merum factum* ».

Les rédacteurs du Code Civil français, persuadés de la valeur de la personne humaine, font application de cette règle dans l'article 1142. Au commencement les auteurs ont donné une grande ampleur à cet article. Cependant la doctrine moderne le réduit à sa vraie portée. La doctrine moderne et les auteurs les plus récents comme Colin et Capitant, Demogue, M. Cassin, insistent sur le principe qui consiste dans l'exécution en nature des obligations contractuelles. « A défaut de texte, en France, on s'accorde généralement pour affirmer que le débiteur est tenu d'exécuter à l'époque et de la manière convenue » (2). En principe « le créancier a le droit de demander l'exécution directe de son obligation » (3).

Pour l'obligation de donner, de transférer un corps certain ou une chose de genre individualisé, ce principe reçoit une application courante. D'ailleurs l'art. 1138 vient faciliter l'exécution en nature de ce genre d'obligation. La jurisprudence française aussi applique ce principe. Dans certains cas où l'obligation du débiteur peut être exécutée par une autre personne, elle ne se contente pas d'ordonner l'exécution aux frais du débiteur, mais elle oblige le débiteur directement à l'exécution. Dans ce sens on peut citer l'espèce suivante (4). Les compagnies de chemin de fer reçoivent et font circuler des wagons appartenant à des particuliers. Un de ces wagons avait été remis en bon état à la compagnie. Après un certain temps, la compagnie

(1) CASSIN, *Cours Doctorat*, 1934-35, p. 397.

(2) CASSIN, *Cours cité*, p. 299.

(3) DEMOGUE, *Droit civil*, 2^e année, p. 455.

(4) Ch. civ., 10 janvier 1926, *Dalloz Hebd.*, 1926, p. 115.

constatant le mauvais état du wagon le met à la disposition du propriétaire avec une indemnité destinée à la réparation. Le propriétaire déclare que cette solution ne lui convient pas et exige que la compagnie lui rende un wagon en bon état. La Cour de Cassation a consacré cette solution.

En ce qui concerne les obligations de faire, la règle posée par l'art. 1142 a une portée subsidiaire et relative. L'obligation d'exécuter en nature constitue toujours la règle. Une autre règle posée par la jurisprudence permet au juge du fond de rechercher et constater dans chaque espèce si l'obligation de faire est susceptible d'une exécution *in specie*. Les tribunaux remplacent l'exécution *in specie* par une créance aux dommages-intérêts, selon l'art. 1142 C. Civ. Fr., seulement quand, pour certaines raisons bien déterminées, il est matériellement ou moralement impossible de l'obtenir. D'ailleurs, même pour les obligations de faire le Code Civil français prévoit d'autres mesures destinées à sauvegarder l'exécution en nature. Ainsi l'art. 1143 dispose : « Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu ». La construction élevée au mépris de l'obligation de ne pas construire peut être détruite par la personne lésée, aux frais du constructeur. A ce même effet l'art. 1144 dispose : « le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ».

Avant de terminer il faut relever un autre moyen indirect destiné à assurer l'exécution *in specie* que le droit français possède : c'est la théorie des astreintes, création prétorienne de la jurisprudence du XIX^e siècle.

Pour briser la résistance du débiteur récalcitrant la jurisprudence a inventé ce moyen de pression très efficace. Les tribunaux condamnent le débiteur à payer une somme de

tant par jour de retard en cas d'inexécution, se réservant le droit d'intervenir par la suite et de statuer définitivement en maintenant la condamnation initiale, en la diminuant ou quelquefois même en l'augmentant selon la bonne ou la mauvaise volonté dont le débiteur fait preuve dans l'exécution. Comme la première condamnation à tant par jour de retard est destinée, en principe, à dépasser de beaucoup le quantum du dommage que l'inexécution causera, on conçoit bien que ce moyen indirect de faire pression sur la volonté du débiteur pour le forcer à l'exécution en nature est extrêmement efficace.

Dans le système français l'intervention des tribunaux jouera un rôle très utile. Les tribunaux auront un pouvoir souverain d'appréciation pour les questions de faits. Ils pourront juger dans chaque cas particulier si la condamnation à l'exécution en nature ne constitue pas une violation manifeste de la liberté individuelle, et dans le cas contraire, ils assureront l'exécution en nature par tous les moyens de pression possibles. D'une transformation automatique de l'obligation de ne pas faire en une créance aux dommages-intérêts (par l'inexécution du débiteur), ainsi que la conçoit M. Himmelschein et le BGB., il n'en est pas question. Nous sommes persuadés que l'exécution en nature d'une obligation non exécutée est obtenue d'une manière beaucoup plus fréquente dans le système français que dans le système allemand. Il s'ensuit que même sur ce point la théorie de M. Himmelschein n'est pas exacte. Mais même sur le terrain du droit allemand on pourrait lui adresser certaines critiques. Si le législateur allemand voulait éviter de consacrer le principe de l'article 1142 du Code Civil français, il aurait dû conserver le système du premier projet qui prévoyait un droit de résolution pour impossibilité. Or, dans le deuxième projet, le législateur a éprouvé le besoin de prévoir spécialement à l'art. 326 un droit de résolution également pour le cas de retard ; ce fait constitue la meilleure preuve que le retard n'équivaut pas à une

impossibilité partielle. L'art. 325 n'avait donc pas prévu implicitement des solutions pour cette hypothèse, car il n'a pas consacré la théorie de l'impossibilité dans son sens large, comme M. Himmelschein le soutient.

SECTION III

LA DOCTRINE DANS SON ÉTAT ACTUEL

264. La théorie de Staub dans ses grandes lignes a rencontré un bon accueil auprès de la majorité des auteurs. Ceux-ci pour la plupart admettent les conclusions de Staub. Les modifications qu'ils proposent d'apporter à sa théorie tendent surtout à élargir son champ d'application. Ainsi on a étendu la notion de « Positive Vertragsverletzung » à toutes les inexécutions ou violations des obligations contractuelles, tandis que Staub appliquait sa théorie purement et simplement aux violations des obligations de ne pas faire causées par un fait positif.

A côté de la « Positive Vertragsverletzung » de Staub on a maintenu la notion de « Schlechterfüllung » (exécution défectueuse). La doctrine a fait un effort particulier pour rendre claire cette dernière notion. Zitelmann (1) estime qu'elle peut avoir un double sens. Par « Schlechterfüllung » on entend d'abord toute exécution viciée causant un dommage au créancier. La « Schlechterfüllung » c'est encore une exécution qui ne présente aucun défaut en elle-même, mais qui cause un dommage au créancier par la manière dont elle a été effectuée. C'est par exemple le cas du débiteur qui livre dans la maison du créancier les objets dus, mais endommage la porte lors de leur introduction. Ces hypothèses de mauvaise exécution représentent quelque chose de spécial par rapport à l'inexécution. Elles n'ont pas

(1) ZITELMANN, *Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Selbstmahnung des Schuldners*, Festgabe für Paul KRÜGER, 1911, p. 265.

été prises en considération par le BGB. Pourtant, elles doivent être traitées par analogie comme des inexécutions dues à l'impossibilité ou au retard. Toutes ces hypothèses « forment dans leur ensemble la notion plus générale de violation du contrat » (1).

La notion de « Positive Vertragsverletzung » englobe une série de violations ou inexécutions contractuelles que le BGB. n'avait pas prévues. L'étendue de cette notion varie suivant les auteurs. Dans ces derniers temps un remarquable effort tend à en clarifier et systématiser le contenu. D'une manière générale, dans le domaine de la « Positive Vertragsverletzung » rentrent les inexécutions et violations des obligations contractuelles qu'on peut classer dans les catégories suivantes (2) :

1° Le fait de contrevenir à une obligation de ne pas faire.

2° L'exécution défectueuse ou l'exécution entachée de vices. Le débiteur doit exécuter conformément au contrat et à l'obligation générale de bonne foi.

3° Le fait de mettre en danger le but du contrat dans les obligations où la notion de durée est essentielle.

4° Le fait d'effectuer des livraisons partielles entachées de vices dans les marchés à livrer, ébranlant ainsi la confiance du créancier dans l'exécution normale du contrat.

5° Certaines manifestations ou déclarations susceptibles de prouver une attitude contraire au contrat. On considère comme « Positive Vertragsverletzung » le refus précis et définitif d'exécuter de la part du débiteur, ou sa déclaration d'annuler ou de rompre le contrat.

265. La grande majorité de la doctrine ainsi que la jurisprudence adoptent entièrement les conclusions de la théo-

(1) ZITELMANN, *op. cit.*, p. 281.

(2) Classification de STOLL, *Abchied von der Lehre der Positive Vertragsverletzung*, Arch. Ziv. Prax., Bâ. 136, pp. 263-266.

rie de Staub. On s'accorde généralement pour admettre qu'une violation du contrat, même non prévue par la loi, autorise le créancier à faire usage de la résolution quand elle présente une gravité telle que le but poursuivi par les contractants soit compromis.

Pourtant des divergences subsistent encore quant à la construction juridique justifiant cette solution. Une partie de la doctrine arrive à ce résultat par l'application par analogie de l'art. 325. C'est la théorie de Goldmann Lilienthal et Scholler, théorie qui aujourd'hui n'a plus de représentants (1).

Un autre groupe d'auteurs (2) veut accorder le droit d'option au créancier en cas de violation du contrat de la part du débiteur, par l'application de l'art. 326 al. 1^{er}. Le créancier doit fixer un délai, sommant le débiteur de cesser de violer le contrat et d'exécuter conformément aux termes de ce dernier. Si le débiteur n'obéit pas à cette injonction, à l'expiration du délai le créancier peut résoudre le contrat. Dernburg veut appliquer cette solution surtout aux marchés à livrer, lorsque les livraisons sont entachées de vices. Mais ce système peu pratique et compliqué ne bénéficie de la faveur ni de la doctrine ni de la jurisprudence.

Les auteurs partisans de la théorie de Staub s'accordent avec la jurisprudence pour accorder au créancier un droit de résolution en cas de « Positive Vertragsverletzung », en appliquant par analogie l'art. 326. Mais on devrait alors respecter la formalité du délai et de la déclaration ; le créancier n'aboutirait à la résolution qu'après les avoir accomplies. Pourtant Staub accorde au créancier d'une obligation violée un droit de résolution immédiat, considérant que l'art. 326 est applicable « avec cette seule restriction » (celle relative au délai). Mais la jurisprudence et les auteurs se soucient peu de cette objection. Ils accordent au

(1) HIMMELSCHN, *op. cit.*, p. 267.

(2) DERNBURG, D. J. Z., 1903, p. 1 ; D. J. Z., 1903, pp. 253 s.

créancier un droit de résolution immédiat sans trop se préoccuper de le justifier juridiquement.

Enfin, un dernier groupe d'auteurs (1) explique les conséquences entraînées par une « Positive Vertragsverletzung » à l'aide de l'art. 242. La résolution dériverait ainsi du *Treu und Glauben*, de l'obligation générale de bonne foi que le débiteur a violée.

(1) STAUDINGER, pp. 276-498.

CHAPITRE II

RÉSULTATS PRATIQUES
PRODUITS PAR LA THÉORIE
DE LA « POSITIVE VERTRAGSVERLETZUNG »

SECTION PREMIÈRE

CONSECRATION DE LA THÉORIE
DE « POSITIVE VERTRAGSVERLETZUNG »
PAR LA JURISPRUDENCE

§ 1^{er}. — Adoption de la théorie
de la « Positive Vertragsverletzung »
par le Reichsgericht

266. Bientôt après la mise en vigueur du BGB. les tribunaux ont eu à se prononcer sur des cas d'inexécution que celui-ci n'avait pas réglementés. L'absence de tout texte et l'obligation de juger quand même les mettaient dans une situation délicate. Il fallait innover pour compléter un Code qu'on venait justement de confectionner et qu'on estimait sinon parfait du moins complet. La théorie de Staub a été d'un réel appui pour les juges non seulement en leur montrant la voie à suivre mais aussi en leur prouvant qu'il est nécessaire de la suivre.

La jurisprudence tâtonnant était incertaine au début. Dans une des premières espèces (1) qui ont posé la ques-

(1) R. G. SEUFF BL., Bd. 11, p. 120.

tion, il s'agissait d'un aubergiste obligé de se procurer continuellement de la bière de la même fabrique. La livraison de mauvaise bière par la fabrique mettait son commerce en péril. Le fait se produisit en 1892, donc avant la promulgation du BGB. Mais la situation juridique était la même, car le *Handelsgesetzbuch* connaissait en matière de résolution le système qui, plus tard, a été adopté par le BGB.

La Cour Suprême a permis à l'aubergiste de résilier le contrat. Elle a motivé cette solution par l'idée que la livraison de mauvaise bière fondé pour l'avenir l'impossibilité d'exécuter conformément au contrat, car l'aubergiste a intérêt à la rupture du contrat et la situation ne permet pas d'attendre. Mais le raisonnement de la Cour Suprême semble être faux. Même avec la théorie de Goldmann-Lilienthal, l'impossibilité ne peut atteindre que les livraisons partielles qui ont été déjà effectuées. Dans un marché à livrer et aux termes de l'art. 325, une seule livraison partielle entachée de vices ne semble pas pouvoir justifier le droit de résoudre tout le contrat, puisque les livraisons futures peuvent être conformes aux conventions.

Plus tard, dans une espèce identique (1), la Cour Suprême a changé son argumentation. L'aubergiste voulait obtenir la résolution du contrat mais le BGB. ne lui en fournissait pas le moyen, car il s'agissait d'une mauvaise exécution qui ne constituait ni impossibilité (art. 325), ni retard (art. 326). La Cour Suprême estime que « dans ce genre de contrats le succès de l'aubergiste dépend de la livraison de bonne bière, et une mauvaise livraison exclut ce succès... », « c'est pourquoi il faut considérer comme allant de soi la condition de livrer de la bonne marchandise, autrement la résolution doit être permise ».

La Cour Suprême n'a pas osé poser comme principe général l'admission de la résolution en cas de mauvaise

(1) D. J. Z., 1902, p. 118 ; R. G. in J. W., 1902, p. 1080.

exécution ou d'inexécution. Pourtant il était urgent d'accorder la résolution dans le litige qui lui était soumis. La Cour Suprême a accordé ce droit de résolution à l'aubergiste, mais en alléguant que la résolution avait été sous-entendue dans le contrat. A son avis dans cette espèce il s'agit d'une résolution conventionnelle, sous-entendue, et non d'une résolution légale.

La doctrine a combattu cette décision du Reichsgericht. Staub considère que l'argumentation se réfère à un cas spécial. « Elle ne donne pas à la vie juridique une base solide, qui consiste dans l'établissement d'un principe juridique général » (1). Enfin cette jurisprudence ne répond pas aux exigences de la vie pratique car elle n'accorde pas la résolution lorsqu'on ne peut admettre que les parties l'aient sous-entendue (2).

Mais la Cour Suprême devait abandonner aussi ce raisonnement. Par le fameux arrêt du 6 mars 1903, elle devait consacrer entièrement et définitivement l'opinion de Staub. Dans cette espèce le demandeur s'était engagé en 1900 (3) à fournir à son co-contractant du gravier (Kies) pour la construction d'un tunnel en béton. Une fois le travail terminé, le constructeur devait payer, après avoir métré la paroi en béton, la somme correspondant à la proportion fixée au contrat. Malgré les réserves faites par le fournisseur le constructeur employa à d'autres fins une partie du gravier livré. Le fournisseur voulut résilier le contrat, cet agissement correspondant pour lui à une réduction de prix. Par lettre du 3 octobre 1901 il déclara la résolution en raison du retard de paiement. Le 14 novembre 1901 il la déclara pour « Positive Vertragsverletzung ». Ensuite il tâcha d'établir en justice qu'au moins une de ces résolutions était fondée. Le tribunal de première instance consi-

(1) STAUB, *op. cit.*, p. 28.

(2) STAUB, *op. cit.*, p. 29.

(3) R. G. Z., Bd. 54, p. 98.

déra le contrat comme résilié en vertu de la lettre du 3 octobre. La Cour d'Appel estime qu'aucune des deux résolutions n'était fondée. La Cour Suprême cassa l'arrêt de la Cour. Le demandeur avait prouvé au cours de l'instance que le constructeur était obligé par le contrat d'employer le gravier exclusivement à la construction du tunnel.

Le Reichsgericht reprend les considérations de la Cour d'Appel qui estime que « dans l'attitude blâmable du constructeur on doit voir une « Positive Vertragsverletzung » justifiant la prétention à la réparation, que cependant la prestation du défendeur n'est pas devenue impossible, qu'il n'est pas en demeure non plus relativement à la prestation qui lui incombe, que les conditions des articles 325, 326 ne sont pas remplies, qu'en outre il manque dans le BGB. une disposition accordant au demandeur le droit de résoudre le contrat en raison d'une semblable « Positive Vertragsverletzung ». Le BGB. contient des dispositions positives pour le cas où l'attitude fautive conduit à l'impossibilité ou à la demeure (art. 325, 326). « Une troisième sorte d'attitude fautive (Schuldhaftes Verhalten) consiste en une violation matérielle du contrat par une des parties, violation qui pourtant ne rend pas implicitement impossible la prestation qu'elle doit effectuer à la partie lésée. Pour ce troisième genre d'attitude fautive pouvant se présenter dans le cadre du contrat synallagmatique, le BGB. ne contient aucune prescription positive correspondant à celles des articles 325, 326. »

« La nécessité de mettre à la disposition de la partie lésée même dans ces cas les droits garantis par les art. 325, 326, avait conduit à tenter de refuser toute importance à ce genre d'attitude fautive (et cela dès avant la théorie de Staub sur la « Positive Vertragsverletzung » où cette question est traitée surtout du point de vue de la discussion littéraire), sous motif que toute violation du contrat par un fait positif rend impossible la prestation due et justifie l'application immédiate de l'art. 325 à tous les cas où il y a

des semblables violations du contrat. » Dans la majorité des cas, ces violations positives consistent surtout dans la violation de l'obligation de ne pas faire (*Unterlassungspflicht*).

La Cour Suprême poursuit en exposant la théorie de Dernburg, suivant laquelle le créancier doit refuser l'exécution entachée de vices et fixer un délai pour l'exécution normale. Ainsi il réussira à fonder la *mora*, et à entraîner l'application de l'art. 326. Le Reichsgericht se refuse à admettre l'une de ces théories. *Il voit dans l'art. 326 BGB. l'application partielle d'un principe plus large.*

« D'après cet article et grâce à l'interdépendance fonctionnelle de la prestation et de la contreprestation dans un contrat synallagmatique, la conception du législateur repose sur le principe suivant :

En cas d'abstention fautive d'une partie menaçant la réalisation du but contractuel, l'autre partie, dans l'intérêt des affaires et de leur sécurité, est bien fondée à éclaircir au plus tôt la situation juridique par le refus d'accepter les prestations futures en résiliant le contrat ou en demandant des dommages-intérêts pour l'inexécution de tout le contrat.

La solution est la même quand le but du contrat est menacé par la violation fautive et concrète d'une des parties. Le Code n'oblige pas à admettre que ces conséquences juridiques soient liées seulement à l'abstention fautive d'exécuter le contrat ni à admettre qu'en conséquence l'art. 326 donne une solution unique pour le cas de la demeure ; *tout au contraire il est plus juste de voir dans l'art. 326 l'expression d'un principe général relatif à l'inexécution fautive d'un contrat synallagmatique dont il est fait une application spéciale en cas de la demeure.* »

Le Reichsgericht ajoute que l'absence d'un principe général s'explique par le fait qu'il a été considéré comme superflu lors des travaux préparatoires, les rédacteurs étant sous l'influence de Mommsen et de ses « *Beiträge zum Obli-*

gationenrecht ». Et la Cour Suprême conclut que du fait de la « Positive Vertragsverletzung » provenant d'une partie, on doit par voie d'analogie garantir à l'autre partie les droits prévus à l'art. 326, quand le but du contrat est gravement menacé par cette violation du contrat.

Cette fois le Reichsgericht adopte entièrement la théorie de Staub. Il accorde au créancier d'une obligation inexécutée le droit de résoudre le contrat. Mais en l'absence d'un principe général l'autorisant, elle le fait en appliquant par analogie l'art. 326 du BGB. La Cour Suprême voit dans cet article l'expression d'un principe dans son application à un cas particulier.

Depuis cette date la jurisprudence est ferme dans ce sens. Les arrêts ultérieurs n'ont fait que maintenir la théorie consacrée. Bien des fois ils en ont étendu l'application, en apportant çà et là quelques précisions.

§ 2. — Caractère de la « Positive Vertragsverletzung » d'après la jurisprudence

267. La jurisprudence ne semble pas avoir fait de la mise en péril du but contractuel la condition d'existence de la « Positive Vertragsverletzung ». Les tribunaux étaient disposés à voir une « Positive Vertragsverletzung » dans des violations fautives qui pourtant ne présentaient pas la gravité spéciale de mettre en péril le but du contrat (1).

Même dans l'arrêt décisif que nous venons de rapporter (2) le Reichsgericht ne fait pas de la mise en danger du but contractuel, la cause efficiente de la « Positive Vertragsverletzung ». Seulement pour garantir l'application par analogie de l'art. 326, et pour permettre l'application immédiate de la résolution, la Cour Suprême estime qu'il est

(1) STAUDINGER, p. 500.

(2) R. G. Z., Bd. 54, p. 102.

nécessaire que la « Positive Vertragsverletzung » soit une menace pour le but du contrat (1).

S'il s'agit de la seule obligation de réparer le dommage causé (2), la jurisprudence même actuellement semble ne pas limiter ainsi la « Positive Vertragsverletzung ». Mais il est difficile d'admettre que la « Positive Vertragsverletzung » ait un contenu différent suivant qu'elle doit justifier une action en résolution ou en réparation de dommage. Pourtant la jurisprudence paraît faire cette distinction. D'une façon constante les tribunaux jugent qu'une « Positive Vertragsverletzung » peut justifier une action en résolution seulement quand elle est d'une gravité suffisante pour mettre en danger la réalisation du but du contrat.

La notion de « Positive Vertragsverletzung » telle que la jurisprudence l'a établie a un contenu plus large que celle de Staub qui lui exige comme condition d'existence que le but du contrat soit menacé.

D'une façon constante la jurisprudence (3) exige, comme seconde condition, la bonne foi de la part de celui qui veut exiger réparation ou résolution pour « Positive Vertragsverletzung ». D'ailleurs cette condition est plus générale : elle domine toute l'institution de la résolution et celle des contrats. Dans le cas où les deux parties sont coupables de la « Positive Vertragsverletzung », la Cour Suprême (4) exige qu'on établisse laquelle des deux parties s'est rendue coupable la première. Il est possible en effet qu'une des parties ait commis une « Positive Vertragsverletzung » seulement pour se défendre, pour répondre à celle que son adversaire a commise. Celui qui se plaint d'une « Positive Vertragsverletzung » ne doit pas être lui-même coupable

(1) R. G. in J. W., 1926, p. 197, n° 5 ; R. G. Z., Bd. 93, p. 286 ; Bd. 57, p. 115.

(2) R. G. Z., Bd. 106, p. 25.

(3) R. G. Z., Bd. 67, p. 139 ; R. G. in J. W., 1913, p. 196 ; R. G. Recht, 1922, n° 816 ; Leipz Z., 1918, p. 444.

(4) R. G. Z., Bd. 109, p. 54.

d'un tel délit (1). Enfin, la jurisprudence exige qu'on dénonce, dans la déclaration de résolution fondée sur la « Positive Vertragsverletzung », le fait de l'adversaire considéré comme contraire au contrat (2). La jurisprudence n'admet pas qu'on substitue à ce fait un autre, après la déclaration de résolution (3).

§ 3. — Large application de la « Positive Vertragsverletzung »
par la jurisprudence

268. La question s'est posée d'une manière un peu spéciale pour le contrat à exécution successive. C'est un contrat unique, mais qui suppose des exécutions partielles et successives à des échéances échelonnées. Il s'agit de savoir quels sont les droits du créancier d'un tel contrat, qui reçoit une livraison partielle entachée de vices. Il s'agit surtout de savoir s'il peut résilier tout le contrat à cause d'une seule livraison partielle entachée de vices.

Dans une espèce de ce genre (4) la Cour d'Appel avait refusé au créancier le droit de résoudre le contrat dans son entier. Adoptant l'opinion de Dernburg (5), elle estimait que le créancier n'avait pas le droit de résilier quant aux prestations futures. Il aurait dû attendre et refuser successivement chaque prestation entachée de vices. Il aurait dû exiger une prestation normale dans le délai établi à cette fin. Ensuite il aurait pu résoudre mais seulement la prestation partielle non exécutée à temps.

La Cour Suprême considère que le raisonnement de la Cour d'Appel est erroné. Elle rappelle l'arrêt du 6 mars 1903 ; elle y avait jugé que dans « l'art. 326 il faut voir l'expression d'un principe juridique général de résolution

(1) R. G. Z., Bd. 109, p. 55.

(2) R. G. in J. W., 1927, p. 1632.

(3) SEUFF A., Bd. 81, p. 37.

(4) R. G. Z., Bd. 57, p. 114 ; dans le même sens, R. G. Z., Bd. 58 p. 419 ; Bd. 61, p. 130 ; Bd. 65, p. 55 ; Bd. 67 p. 7 ; Bd. 97, p. 136 ; Warn Rsp., 1917, n° 239.

(5) DERNBURG, D. J. Z., 1903, pp. 1-5.

pour une inexécution dont on est responsable dans son application au cas de la demeure ; et ce principe a été appliqué par analogie à tous les contrats synallagmatiques, les droits prévus à l'art. 326 doivent être garantis à une partie en raison des « *Positiven Vertragsverletzungen* », quand elles compromettent l'obtention du but contractuel ». La Cour Suprême estime que l'application correspondante de l'art. 326 doit avoir lieu dans un contrat à exécution successive, si on livre des prestations partielles entachées de vices ; et quand dans l'avenir on doit s'attendre à des livraisons partielles menaçant le but du contrat.

Ensuite la Cour Suprême relève un arrêt admettant la rupture du contrat de livraison de bière, à cause de la livraison de mauvaise bière, sur la base de l'art. 1184 du Code Civil Badois, *qui au même titre que l'art. 1184 du Code Civil Fr., permet à une partie de dénoncer le contrat en raison de l'inexécution. « Les conceptions juridiques de base sont les mêmes ; l'inexécution dont le vendeur est responsable à cause de la livraison répétée de marchandise entachée de vice justifie là-bas l'application de l'art. 1184 du Code Badois, art. 1184 Code Civ. Fr., et justifie ici l'application correspondante de l'art. 326 voisin de conception fondamentale de l'art. 1184 C. Civ. Fr. »*

Il est intéressant de relever que la jurisprudence allemande, pour briser le cadre étroit du système légal et pour établir un principe général de résolution si identique à l'art. 1184 C. Civ. Fr., s'est inspiré du système français. Nous reviendrons sur ce point (1).

Dans la même matière la Cour Suprême a apporté de plus amples précisions. La question (2) qui se posait était celle de savoir si une seule livraison partielle entachée de vices est suffisante pour justifier l'emploi de la résolution ou si toutes les prestations effectuées devaient être vicieuses. Les Cours d'Appel partageant le second point de vue

(1) Voir *infra*, p. 513.

(2) R. G. Z., Bd. 67, p. 5.

exigeaient que les prestations successives soient toutes entachées de vices. Elles fondaient apparemment leurs décisions sur les deux arrêts précédents.

La Cour Suprême a combattu cette opinion : « Le Reichsgericht parle de livraisons défectueuses continuelles parce que visiblement, dans le cas jugé alors, on avait justement livré continuellement d'une manière vicieuse, mais il n'entend pas faire de la répétition de la « Positive Vertragsverletzung » une condition juridique nécessaire de la résolution ». Si l'opinion des Cours d'Appel était exacte on ne pourrait jamais admettre la résolution d'un contrat formé de deux prestations dont la seconde est entachée de vices. La Cour Suprême termine constatant qu'en principe « une seule violation contractuelle ne permet pas de conclure à la défectuosité des prestations futures. Mais cette conclusion peut être tirée suivant les circonstances, même de la première violation du contrat ».

En principe, une seule livraison entachée de vices est donc suffisante pour justifier la résolution, chaque fois qu'on peut craindre que les livraisons à venir soient également défectueuses (1). Une simple attitude déloyale qui ne constitue pas une « Positive Vertragsverletzung » ne peut justifier la résolution (2). C'est une question qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Des déclarations injustifiées et répétées relativement aux livraisons partielles peuvent légitimer la résolution dans un contrat à exécution successive (3). Mais pour admettre la résolution, la jurisprudence exige un contrat unique avec des livraisons successives. Ce droit n'est pas accordé lorsque l'inexécution porte sur un contrat faisant partie d'un groupe de plusieurs contrats indépendants (4).

(1) R. G. Z., Bd. 76, p. 152 ; R. G. in J. W., 1918, p. 555 ; Warn. Rsp., 1917, n° 239 ; R. G. Z., Bd. 58, p. 419 ; Bd. 61, p. 130 ; Bd. 67, p. 7 ; Bd. 97, p. 136.

(2) R. G. in Gruchots B., Bd. 55, p. 629.

(3) O. L. G. in Recht, 1917, n° 20.

(4) R. G. in J. W., 1911, p. 216.

De tout ceci il résulte clairement que la jurisprudence allemande admet la possibilité de résoudre un contrat à livraisons successives en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une seule prestation partielle.

269. L'inexécution, la mauvaise exécution, ou enfin n'importe quelle attitude contraire à une obligation contractuelle est susceptible de fonder une « Positive Vertragsverletzung ». Les tribunaux admettent de la manière la plus large la « Positive Vertragsverletzung », tendant ainsi à combler les lacunes du système légal. Par là, ils assurent une protection sérieuse aux intérêts du créancier, qui peut agir en résolution ou obtenir réparation du dommage causé par l'inexécution dans un sens large. Le fait pour une partie de déclarer qu'elle se considère comme dégagée du contrat, ou le fait de déclarer annuler le contrat, constitue une « Positive Vertragsverletzung » justifiant la résolution (1).

En principe le refus sérieux et définitif d'exécuter qui met en péril le but du contrat constitue une « Positive Vertragsverletzung » qui justifie l'emploi immédiat de la résolution (2). Un simple refus d'exécution exprimé avant l'échéance peut être rétracté jusqu'à l'échéance (3). La situation est toute différente quand, d'après les circonstances, la partie de bonne foi a un intérêt spécial à préciser définitivement la position du débiteur qui refuse d'exécuter (4). Dans de pareilles hypothèses le débiteur qui a refusé d'exécuter ne peut plus écarter les effets de la « Positive Vertragsverletzung » en exécutant (5).

(1) R. G. Z., Bd. 57, p. 105.

(2) R. G. Z., Bd. 93, p. 287 ; Bd. 57, p. 113 ; J. W., 1905, p. 17 ; J. W., 1914, p. 242.

(3) L. Z., 1908, Sp. 376.

(4) STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, p. 817 ; R. G. Z., Bd. 93, p. 286.

(5) R. G. Z., Bd. 7, p. 44.

La jurisprudence voit dans le fait d'imposer arbitrairement de nouvelles conditions rendant l'exécution plus difficile, à peu près impossible, une « Positive Vertragsverletzung » justifiant la résolution (1).

Le vendeur possède un droit de résolution immédiate si l'acheteur élève des prétentions injustifiées, relativement à l'emballage et refuse la marchandise non emballée (2).

La jurisprudence estime également que le fait d'élever unilatéralement le prix constitue une « Positive Vertragsverletzung » (3).

On a encore affaire à une « Positive Vertragsverletzung » si le vendeur se déclare prêt à livrer mais à un prix supérieur à celui qui avait été convenu (4).

Au contraire une simple divergence de vues qui ne met pas en péril le but du contrat ne constitue pas une « Positive Vertragsverletzung » (5).

Mais une seule violation de l'obligation qui incombe au vendeur de vendre seulement à l'étranger sa marchandise peut justifier le recours immédiat à la résolution (6).

Il en est de même de la violation de l'obligation de ne pas vendre aux tiers (7). Le manquement à l'obligation de se taire peut constituer aussi une « Positive Vertragsverletzung » (8).

De même le fait que l'acheteur met en vente des objets de mauvaise qualité provenant d'une maison étrangère, peut toujours porter préjudice aux intérêts du fournisseur

(1) R. G. in Warn. El., 1910, n° 50 ; R. G., Gruchots B., Bd. 54, p. 631.

(2) R. G. in H. Z., 11, p. 286.

(3) R. G. in L. Z., 1909, Sp. 476.

(4) Kolmar, Rsp. 28, p. 84.

(5) R. Z. in Warn. Rsp. 14, n° 75.

(6) R. G. in J. W., 1906, p. 171.

(7) R. G. in L. Z., 1908, Sp. 778.

(8) R. G. in J. W., 1927, p. 893.

habituel de ce genre d'objets et lui procurer un droit immédiat de résolution (1).

La jurisprudence estime que l'insulte constitue une « Positive Vertragsverletzung » chaque fois que les parties ont des relations juridiques supposant en même temps des rapports de confiance personnelle (2). Elle considère que toute tromperie dolosive sur la qualité de la marchandise constitue une « Positive Vertragsverletzung » (3).

§ 4. — Admission par la jurisprudence
de la « Positive Vertragsverletzung »
même en opposition avec un texte exprès du BGB.

270. Mais la jurisprudence ne se contente pas de compléter le système légal et d'admettre la « Positive Vertragsverletzung » et la résolution seulement dans les cas où elles ne résultaient pas du BGB. D'ailleurs les défauts du BGB. ne se limitent pas non plus à ses lacunes. Le système allemand de la résolution, tel qu'il est, et abstraction faite de ce qu'il n'est pas complet, présente de graves défauts. La résolution, même là où elle est consacrée par le BGB., est lourde, compliquée par des formalités inutiles et subsidiaires. La pratique voit d'un mauvais œil les formalités compliquées. C'est pourquoi elle tâche de s'en débarrasser au plus tôt.

Au cas de l'art. 326 l'obligation pour le créancier désirant faire usage de la résolution d'établir un délai convenable, qui peut aboutir soit à entraîner, soit à éviter la résolution (4), constitue un des défauts fonciers du système légal allemand. Un tel système ne pouvant en particulier donner des résultats satisfaisants dans les temps incertains

(1) R. G. in J. W., 1906, p. 286.

(2) R. G. in Gruchots B., Bd. 51, p. 954 ; Warn. E., 1910, n° 422 ; R. G. Z., Bd. 102, p. 40.

(3) R. G. 23.10.06, II, 997, 06.

(4) Voir *supra*, p. . , n°

de l'après-guerre, où la chute des valeurs-papier et l'effondrement précipité d'un système monétaire battaient leur plein.

Dans de semblables périodes, un des besoins les plus urgents est celui de procurer aux parties une situation claire le plus vite possible. C'est pourquoi le droit du créancier de résoudre le contrat devrait être lié à la simple inexécution du débiteur, lorsque l'exécution ultérieure ne peut lui procurer les avantages attendus du contrat. C'est une nécessité impérieuse alors de ne pas obliger le créancier à consentir au débiteur un délai convenable, ni à accomplir des déclarations et formalités multiples, ni à attendre longuement avant d'agir en résolution.

Les règles de l'art. 326 relatives à la demeure garantissent suffisamment les intérêts du créancier lorsqu'on a affaire à une obligation échue mais inexécutée. Mais pour aboutir à la résolution prévue le créancier doit accomplir les formalités prescrites par l'art. 326. Dans ce cas, d'après le système légal allemand, on ne devrait jamais admettre que l'inexécution au temps fixé constitue une « Positive Vertragsverletzung » justifiant l'emploi immédiat de la résolution, avant la fixation d'un délai d'exécution (1). Autrement ce serait reconnaître que les dispositions de l'art. 326 sont de simples barrières de papier.

Mais sous la pression de nécessités créées par la situation anormale d'après-guerre surtout en matière monétaire, la jurisprudence a eu une tendance très nette à considérer comme « Positive Vertragsverletzung » le simple fait de ne pas payer ponctuellement.

La jurisprudence fut timide au début. Elle n'estimait pas pouvoir passer outre à un texte formel et accorder un droit de résolution immédiate à l'encontre des dispositions précises de l'art. 326. Les tribunaux arrivaient à dispenser le créancier de l'obligation de fixer un délai convenable (et

(1) STAUDINGER, p. 501.

à lui garantir ainsi un droit de résolution immédiate), invoquant l'argument que les formalités de l'art. 326 en avaient été tacitement exclues par les partis (1). Plus tard la jurisprudence est devenue plus sincère. Faisant appel à la notion de « Positive Vertragsverletzung », elle a mis à la disposition du créancier un droit de résolution immédiat, légal et non conventionnel.

Dans une de ces espèces (2), il s'agissait de la vente de 7 wagons de planches en bois dont le paiement devait s'effectuer immédiatement après la présentation du connaissement. L'acheteur retarde de plusieurs jours le paiement des deux premiers wagons, dont on avait présenté le connaissement. Le vendeur arrête les livraisons ultérieures, résiliant le contrat. Le Tribunal de première instance puis la Cour d'Appel estiment qu'il n'avait pas ce droit.

La Cour Suprême casse cet arrêt considérant que le retard de paiement des deux premiers wagons « doit être considéré comme suffisant pour justifier la résolution du contrat, par rapport aux wagons suivants sans que l'établissement du délai soit nécessaire ». Elle est d'avis que les actes du grand commerce, surtout dans les temps incertains de guerre ou d'après-guerre, exigent une ponctualité particulière dans l'exécution des obligations contractuelles (3). « Le fait de ne pas respecter l'échéance de paiement apparaît dans un tel commerce comme tout à fait propre à justifier la résolution immédiate d'un contrat de livraisons successives, même quand le retard ne concerne qu'une seule livraison. »

Par la suite la Cour Suprême a précisé davantage sa position. Dans une autre espèce (4) un contrat avait été conclu avec l'obligation pour l'acheteur de payer immédiatement une partie du prix. Or l'acheteur tardait à exécuter

(1) R. G. Z., Bd. 196, pp. 255-257.

(2) R. G. Z., Bd. 104, p. 39.

(3) R. G. Z., Bd. 92, pp. 209 et 389 ; Bd. 96, p. 255.

(4) R. G. in L. Z., 1925, Sp. 1222.

ter cette obligation. Le Reichsgericht voit là une « Positive Vertragsverletzung » dispensant le vendeur d'accomplir les formalités de l'art. 326: Il conclut que : « Dans de pareilles circonstances le paiement partiel effectué avec deux semaines de retard alors qu'il devait l'être immédiatement après la conclusion du contrat, peut très bien être considéré comme une « Positive Vertragsverletzung » justifiant la résolution sans fixation de délai ».

La jurisprudence maintient — d'une manière constante — son point de vue. Elle estime que, si d'un côté l'acheteur est obligé par le contrat d'effectuer immédiatement le paiement, et que de l'autre le vendeur doit commencer la livraison à une date déterminée, « alors on peut voir une « Positive Vertragsverletzung » dans le retard intentionnel apporté au paiement, car l'espace de temps compris entre le paiement et le commencement de la livraison a été diminué contrairement au contrat et au détriment du vendeur » (1).

Dans une autre espèce où il s'agissait toujours du retard apporté par une des parties à l'exécution de son obligation contractuelle, la Cour Suprême est encore plus nette : « Il est certain que le paiement non ponctuel, fautif, constitue la violation d'une obligation contractuelle, et que selon chaque cas particulier elle contient en soi une menace pour le but contractuel, menacé d'une telle importance que la partie de bonne foi peut obtenir la résolution sans l'établissement préalable d'un délai ». Dans la présente espèce, et vu la violente chute du marck-papier, on a un intérêt particulier au paiement ponctuel. Le paiement non ponctuel de plusieurs échéances met tellement en danger le but contractuel qu'il justifie le droit d'exiger immédiatement la résolution.

Dans une dernière espèce (2) que nous allons étudier il

(1) R. G. in L. Z., 1925, Sp. 148.

(2) R. G. in J. W., 1924, p. 536.

s'agit d'un acheteur qui, après avoir payé une partie du prix, fait dépendre le paiement du reste de certaines conditions plus onéreuses que celles stipulées au contrat, à savoir que de la preuve de l'envoi préalable de tout le bois vendu, alors que le contrat l'obligeait au paiement du reste après l'envoi de 250 m³ de bois. Les deux premiers degrés de juridiction constatent que l'acheteur était en demeure, relativement au paiement du reste du prix. La Cour Suprême permet au vendeur de déclarer immédiatement la résolution, et sans fixer un délai convenable aux termes de l'art. 326.

Enfin par la notion de « Positive Vertragsverletzung » la jurisprudence tend à se débarrasser des formalités prescrites par le BGB. même dans d'autres matières, et pour d'autres causes que celles qu'entraîne l'inflation allemande d'après-guerre.

Aussi il a été jugé (1) que dans un contrat de louage d'ouvrage dans lequel l'auteur de la commande, qui devait contribuer à l'exécution de l'ouvrage, s'est rendu coupable de la « Positive Vertragsverletzung », l'entrepreneur n'en est pas réduit aux droits mis à sa disposition par les art. 642, 642 BG. Dans ce cas l'entrepreneur peut déclarer la résolution, même sans établir aucun délai.

SECTION II

CONSIDÉRATIONS FINALES

271. La théorie de Staub s'est adaptée à la vie pratique où elle a produit des résultats d'une importance capitale. Le BGB. avait fait de la résolution une institution étroite, compliquée, abstraite et peu pratique. En consacrant la théorie de la « Positive Vertragsverletzung », la jurisprudence a comblé les lacunes du BGB., rendant le système légal plus souple et mieux adapté aux besoins de la vie

(1) R. G. Z., Bd. 104, p. 15.

pratique. Mais il semble que l'adoption de cette théorie n'ait pas eu seulement pour effet de compléter le système légal, mais de le réformer entièrement. La résolution, telle que le BGB. l'avait élaboré, possédait une physionomie propre qui se différenciait de celle de la résolution française, par certains traits caractéristiques (1).

Or en adaptant la théorie de la « Positive Vertragsverletzung », les tribunaux ont abouti précisément à faire disparaître ces traits caractéristiques. En d'autres termes les traits caractéristiques du système légal allemand étaient en même temps ses défauts caractéristiques puisque la jurisprudence a dû s'en débarrasser pour tenir compte des exigences de la vie pratique. Mais ce faisant la jurisprudence allemande a bâti un système voisin du système français, sinon identique.

Pour mieux faire ressortir ce résultat nous reprendrons la discussion relative aux caractéristiques du système légal allemand. Nous analyserons surtout leur portée et leur valeur pratique après l'adoption de la théorie de la « Positive Vertragsverletzung » par la jurisprudence.

272. La première caractéristique du système légal allemand est l'absence d'un principe général touchant l'admission de la résolution. Comme le remarque Remelé (2) le BGB., dans cette matière, « a par ses dispositions et leur contenu adopté un point de vue différant de celui du droit français ». Fidèle à la méthode du Code prussien, au lieu d'établir des principes généraux, le BGB. a voulu, par des dispositions individuelles, prévoir et régler les diverses hypothèses possibles. Le BGB. ne connaît donc pas comme le C. Civ. Fr. un principe général permettant au créancier d'agir en résolution pour inexécution. Mais cette

(1) Voir *supra*, n^{os} 242 s.

(2) REMELÉ, *Bemerkungen zu der Frage der Positiven Vertragsverletzungen*, Recht, 1912, p. 570.

réglementation partielle contient forcément des lacunes. Les tribunaux ont été mis en présence de cas d'inexécutions ne provenant ni de l'impossibilité, ni du retard, qui ne pouvaient donc en l'absence de principe général justifier une action en résolution.

La jurisprudence a comblé ces lacunes ; mais elle ne s'est pas contentée de prévoir de nouvelles hypothèses spéciales d'inexécution justifiant l'emploi de la résolution ; elle a préféré élaborer un principe général. Actuellement, les tribunaux accordent un droit de résolution à la partie de bonne foi, chaque fois que la « Positive Vertragsverletzung », eu égard à la nature du contrat et à la situation des parties, est si importante que la partie de bonne foi ne peut plus être tenue de respecter le rapport contractuel d'après une appréciation équitable des circonstances. Autrement dit, toute « Positive Vertragsverletzung » qui, du chef d'une des parties, met en danger la réalisation du but du contrat, justifie l'usage de la résolution pour l'autre partie. Nous avons déjà vu que dans la notion de « Positiven Vertragsverletzungen » rentrent tous les genres d'inexécutions ou de mauvaise exécution. La jurisprudence a donc complété le système légal en établissant un principe général en matière d'admission de la résolution. Ainsi disparaît la première caractéristique du système allemand, le fait de n'accorder le droit de résoudre le contrat qu'exceptionnellement, c'est-à-dire dans deux hypothèses d'inexécution spécialement visées. Actuellement le droit allemand admet la résolution pour inexécution d'une façon aussi large que le droit français. En effet, en droit allemand comme en droit français, toute inexécution ou mauvaise exécution, toute attitude contraire au contrat et offrant assez de gravité pour menacer l'économie du contrat justifie l'action en résolution.

273. Même dans les cas où elle est admise la résolution conserve un caractère compliqué. Des formalités multiples

et difficiles rendent son fonctionnement malaisé. Dans beaucoup de cas la simple inexécution à l'échéance sera suffisamment grave pour justifier la résolution de la part du créancier. L'obligation de fixer quand même un délai avec déclaration complique le fonctionnement de la résolution et fait courir le risque d'aboutir à l'exécution du contrat, alors que le créancier n'y a plus d'intérêt.

Dans toutes ces hypothèses les formalités de l'art. 326 sont superflues. Un droit de résolution immédiat, après l'exécution, est non seulement utile mais encore indispensable. On a tâché de remédier aux inconvénients signalés de deux façons. Comme les dispositions de l'art. 326 sont supplétives, les parties peuvent y avoir renoncé, pour permettre ainsi au créancier d'agir en résolution immédiatement après l'inexécution. D'un autre côté, l'art. 361 fournit la même solution dans l'hypothèse où l'exécution à l'échéance convenue avait une importance assez considérable pour faire du contrat un « Fixgeschäft ». Comme nous l'avons vu (1) les tribunaux sont portés à appliquer d'une manière assez large l'art. 361.

Pourtant, il y a d'autres cas où il est urgent d'accorder un droit immédiat de résolution, et où les formalités de l'art. 326 n'ont pas été écartées par un de ces moyens. L'époque d'incertitude et d'instabilité de l'après-guerre a permis de constater les défauts du système de l'art. 326. L'obligation de fixer un délai et d'attendre l'exécution après l'échéance, alors que la valeur de la monnaie s'effondrait d'un jour à l'autre, était dure et injuste pour le créancier. Aussi les tribunaux n'ont-ils pas hésité à considérer la simple inexécution à l'échéance comme une « Positive Vertragsverletzung » justifiant l'usage immédiat de la résolution et ce sans accomplir les formalités de l'art. 326.

Il convient de remarquer que l'application de la théorie de la « Positive Vertragsverletzung » dans ce cas ne revient

(1) Voir *supra*, n^{os} 138 s.

pas à confirmer le système légal en le complétant, mais au contraire à l'infirmier entièrement. Le retard est une des deux seules hypothèses d'inexécution que le BGB. ait réglementé. L'art. 326 accorde spécialement un droit de résolution. Mais pour cela il oblige à remplir certaines formalités. La jurisprudence qui permet au créancier de résilier le contrat pour simple inexécution et sans remplir les formalités de l'art. 326 est en contradiction avec un texte exprès de la loi. Elle abroge purement et simplement l'art. 326. Le paiement non ponctuel ou la simple inexécution à l'échéance constituent des cas de retard, rentrant dans le champ d'application de l'art. 326. Si, malgré cela, la jurisprudence y voit des « *Positiven Vertragsverletzungen* », c'est pour pouvoir les soustraire ainsi à l'application de l'art. 326 et pour leur donner une solution plus adéquate.

Il faut envisager cette jurisprudence comme un aveu de l'insuffisance du système du BGB. La résolution, même là où elle est spécialement prévue, est conditionnée par des formalités si étrangères aux besoins de la vie pratique que la jurisprudence pour y remédier a dû violer un texte précis de loi et écarter ces formalités. Nous éviterons de nous prononcer sur la valeur du système légal allemand ; le jugement le plus autorisé et le mieux fondé a été rendu par cette jurisprudence.

Mais cette jurisprudence, en écartant les formalités compliquées de l'art. 326, deuxième caractéristique du système du BGB., aboutit à admettre la résolution pour simple inexécution. Par là même la deuxième barrière qui séparait les systèmes allemand et français a été détruite. Le rapprochement du droit français est visible. Pourtant il faut faire une réserve. La jurisprudence précitée est exceptionnelle et s'explique par l'époque anormale où elle s'est formée, époque d'instabilité monétaire. En effet, chaque fois que le retard d'exécuter ne semble pas aux tribunaux présenter une gravité suffisante pour constituer une « *Positive Vertragsverletzung* », le créancier ne pourra faire usage de

la résolution sans accomplir au préalable les formalités de l'art. 326.

274. Un autre trait spécifique du système allemand consiste dans le caractère subsidiaire de la résolution.

En droit français aussi la résolution possède un caractère subsidiaire, résultant de la nature des choses.

Tout au contraire en droit allemand le caractère subsidiaire de la résolution est de nature légale. Mettant l'accent sur la force obligatoire du contrat le droit allemand veut assurer par tous les moyens son exécution en nature. Le créancier d'une obligation inexécutée doit commencer par poursuivre l'exécution du contrat. Et tant qu'elle est possible, le créancier ne peut pas résoudre le contrat.

Le droit allemand semble ignorer l'intérêt que le créancier peut avoir à résilier le contrat, alors que l'exécution, tout en étant possible, ne peut plus lui procurer les avantages qu'il a eus en vue en contractant. La réglementation du BGB. a pour effet d'écarter la résolution tant que l'exécution du contrat est possible. Mais elle exclut l'exécution dans les cas où la résolution est admise. De cette façon les deux termes de l'alternative de l'art. 1184 C. Civ. Fr. sont dissociés ; le droit allemand ne les accorde pas simultanément mais successivement.

Pourtant, le fait d'assigner comme condition *sine qua non* à la résolution l'impossibilité (réelle ou fictive) et non l'inexécution, constitue un grave inconvénient du droit allemand. Dans beaucoup d'hypothèses il est nécessaire de permettre au créancier de résoudre le contrat malgré que l'exécution en demeure possible. La meilleure preuve que cette disposition est artificielle et contraire aux nécessités de la vie pratique est fournie par la jurisprudence. Celle-ci en adoptant la théorie de la » Positive Vertragsverletzung » a fait disparaître cette troisième caractéristique du système allemand. En effet, le créancier, en présence d'une « Posi-

tive *Vertragsverletzung* » du débiteur, peut poursuivre, suivant ses intérêts, la résolution ou l'exécution. Il n'est plus obligé de commencer par la poursuite de l'exécution en nature, ni de se contenter de la résolution seulement lorsque l'exécution devient impossible. Dans ce cas le droit d'option du créancier est identique à celui de l'art. 1184 C. Civ. Fr.

Grâce à la théorie de la « *Positive Vertragsverletzung* », adoptée par la jurisprudence, le droit allemand, perdant une autre de ses caractéristiques, fait un pas de plus dans la voie de rapprochement avec le système français.

Il est intéressant de constater que les trois principaux systèmes juridiques européens ont consacré dans cette matière trois solutions différentes. Le droit français accorde au créancier d'une obligations inexécutée un droit d'option entre l'exécution et la résolution. En principe le droit allemand l'oblige toujours à poursuivre l'exécution. En droit anglais la seule réparation accordée par le *Common Law* en cas d'inexécution du contrat consistait en des dommages-intérêts (1). L'inexécution du débiteur entraînant le *breach of contract*, excluait ainsi l'exécution. Or ces deux derniers systèmes ont dû l'un et l'autre abandonner leur point de vue extrême pour recourir à des solutions intermédiaires. En adoptant la théorie de la « *Positive Vertragsverletzung* » la jurisprudence allemande fait porter ainsi le droit d'option du créancier à la fois sur l'exécution et sur la résolution. Le droit allemand se range donc aux côtés du droit français et abandonne son propre point de vue suivant lequel l'inexécution ne justifie pas la résolution tant que l'exécution reste possible. Le droit anglais, lui aussi, a été amené à adopter une formule intermédiaire voisine de l'option du droit français. La *Court of Chancery* jugea inadéquat le

(1) LEVY-ULLMANN, *Cours doctorat*, 1935-1936, pp. 136 s. ; Ernest BARDA, *De la « Specific performance »*, thèse, Paris, 1928 ; LEVY-ULLMANN, *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*, p. 4.

remède de la *Common Law*, et accorda au créancier le droit d'exiger l'exécution *in specie*, la *specific performance* malgré l'inexécution du débiteur.

Les droits allemand et anglais sont aussi amenés à adopter par des moyens détournés l'alternative de l'art. 1184 C. Civ. Fr. qui fait porter le droit d'option du créancier sur l'exécution *in specie* ou sur la résolution.

275. Enfin la dernière caractéristique du droit allemand consiste dans le fait que la résolution n'est pas judiciaire ; elle a lieu par déclaration du créancier une fois les conditions préalables remplies. Les tribunaux n'ont pas à intervenir pour juger de la gravité de l'inexécution, ni pour prononcer ou refuser la résolution. Cet état de choses semble consacrer une très grande différence entre le droit allemand et le droit français.

Pourtant, il ne faut pas oublier que deux catégories de faits interviennent pour réduire la portée de cette différence. D'un côté en droit allemand les tribunaux seront appelés à intervenir sur la demande du débiteur. Celui-ci contestera le droit du créancier de demander la résolution, soit parce que les conditions préalables n'étaient pas remplies, soit parce que le délai n'était pas convenable, soit enfin parce que le créancier veut user de la résolution d'une façon déloyale. D'un autre côté, la jurisprudence française très souple permet au créancier de rompre unilatéralement le contrat, quitte à contrôler ensuite si la gravité de l'inexécution justifiait la rupture. De cette façon le droit français et le droit allemand, quoique opposés en théorie, se rapprochent presque jusqu'à se confondre sur le terrain pratique. Dans leur solution intermédiaire, l'intervention des tribunaux se manifeste par un contrôle *a posteriori* portant sur la résolution et sur ses conditions.

Mais la jurisprudence allemande adoptant la théorie de la « Positive Vertragsverletzung » se rapproche davantage du système français. Pour consacrer la résolution déclarée par

le créancier, les tribunaux exerceront non seulement leur contrôle *a posteriori* mais jugeront aussi de la gravité de l'inexécution. Les tribunaux se réservent le droit d'examiner la gravité de la « Positive Vertragsverletzung » et de reconnaître le bien fondé de la résolution seulement lorsque ce délit met en danger le but du contrat. Dans cette hypothèse, de même qu'en droit français, le créancier peut agir en résolution chaque fois que la « Positive Vertragsverletzung » touche les conditions essentielles du contrat ; ce « sans quoi il n'aurait pas contracté ». L'intervention des tribunaux devient aussi plus fréquente et leur contrôle plus minutieux. C'est ainsi que la jurisprudence allemande s'est rapprochée de plus en plus du droit français.

*
* *

La théorie de la résolution a eu un destin étrange. Dans les systèmes juridiques français et allemand, on est parti des mêmes textes du droit romain. L'ancien droit français d'une part et le droit canonique de l'autre, grâce à l'apport des glossateurs et postglossateurs et aux recherches sur la cause, ont réussi à dégager une théorie de la résolution, large et équitable, instrument essentiel du droit des contrats. Partant de ces mêmes textes, le droit allemand a parcouru le chemin en sens inverse ; il a abouti ainsi à dépasser le droit romain dans la voie négative interdisant en principe la résolution pour inexécution. Les rédacteurs du BGB. ont cependant été obligés de l'admettre dans certains cas où elle était indispensable. Mais ne comprenant pas sa véritable portée, ils en ont fait une institution exceptionnelle, la dotant d'une réglementation formaliste et compliquée à la fois illogique et artificielle.

La résolution est ainsi devenue dans le droit allemand un instrument juridique difficilement maniable, ne pouvant s'adapter aux besoins les plus élémentaires de la vie pratique.

En théorie la résolution du BGB. semble différer beaucoup de celle du droit français. Mais une institution abstraite et une réglementation légale, lorsqu'elles ne sont pas alimentées par la sève de l'équité, constituent un organisme qui s'étiole et meurt. La pratique ne recourt pas à une telle institution, le fait qu'elle n'est pas appliquée entraîne sa condamnation. Pour la sauver les tribunaux se voient obligés de la compléter ou même de la réformer. En Allemagne, cédant aux nécessités impérieuses de la pratique, la jurisprudence a bâti un système plus équitable et qui se rapproche beaucoup plus du droit français que le BGB. ne le laisse entrevoir.

L'art. 1184 du Code Civil français a exercé une influence visible sur ce travail extensif de la jurisprudence allemande, qui pour élargir les cadres étroits de la loi n'a pas hésité à sacrifier la plupart de ses caractéristiques. En effet, il est intéressant de constater que la deuxième chambre civile du Reichsgericht (II Zivilsenat) qui a consacré la théorie de la « Positive Vertragsverletzung » en 1903 est précisément celle (1) qui jusqu'en 1900 avait à juger les litiges relevant du code civil français en vigueur dans certaines provinces allemandes. La profonde connaissance que cette chambre avait du droit français et de la résolution de l'art. 1184 du Code Civil français explique pourquoi les extensions proposées par Staub ont reçu immédiatement un accueil favorable. C'est ainsi que le Reichsgericht invoque expressément dans ses arrêts l'art. 1184 du Code Civil français, pour faciliter l'élaboration d'un principe général admettant la résolution. Enfin cette coïncidence significative explique la ressemblance que le système allemand présente avec le système français après l'adoption par la jurisprudence de la théorie de la « Positive Vertragsverletzung ». Par là même la jurisprudence allemande aurait prouvé que le seul système de résolution viable et conforme aux nécessités pratiques est celui du C. Civ. français.

(1)-REMELÉ, *Bemerkungen zu der Frage der Positiven Vertragsverletzungen*, Recht 1912, p. 570.

La résolution de l'art. 1184 du Code Civil français est un monument représentatif du génie latin, par son caractère synthétique et par son fondement d'équité. La jurisprudence allemande, en assouplissant la réglementation artificielle du BGB. jusqu'à la détruire, a accompli un effort louable et significatif en vue d'aboutir à des résultats pratiques semblables. Pourtant le système français de la résolution conserve encore l'avantage de l'unité et l'éclat de la simplicité.

VU : <i>Le Doyen,</i>	<i>Le Président,</i>
GEORGES RIPERT.	RENÉ CASSIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

*Les ouvrages marqués d'un astérisque sont cités
par le seul nom de l'auteur*

Droit Français

Ouvrages généraux

- *AUBRY et RAU. — *Cours de Droit Civil Français*, 5^e éd.,
12 vol., 1897-1923 (revue par M. Bartin, à partir
du tome VI), t. IV, V, VI et XI.
- *BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Traité des obligations*,
3^e éd., 4 vol. 1906-1908, t. II.
- *BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. — *De la Vente*, 3^e éd.,
1 vol., 1908.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Du Louage*, 3^e éd.,
3 vol., 1907.
- *BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. — *Donations et testaments*,
3^e éd., 2 vol., 1905, t. I.
- *BEUDANT. — *Cours de droit civil français : Les contrats et
les obligations*, 2 vol., 1906, t. II.
- *COLIN, CAPITANT et JOULIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours
élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. II.
- CUQ. — *Manuel des institutions juridiques des Romains*,
2^e éd.
- DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*, en cours de
publication depuis 1923.

- *DEMOLOMBE. — *Cours du Code Napoléon*, 4^e éd., 31 vol., 1869-1870, t. XX et XXV.
- *DURANTON. — *Cours de droit français*, 4^e éd., 22 vol., 1844.
- GIRARD. — *Manuel de droit romain*, 9^e éd., 1929, revue par Senn.
- GUILLOUARD. — *Traité de la vente et de l'échange*, 3^e éd., 2 vol., t. I et II.
- *Traité du louage*, 3^e éd., 2 vol., 1902, t. I.
- *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, 2^e éd., 1894.
- *Traité du contrat de prêt et de dépôt*, 2^e éd., 1893.
- *HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, 15 vol., 1892-1903, t. VI, VII, X.
- *JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., 1932-33, t. II et III.
- *LAROMBIÈRE. — *Traité théorique et pratique des obligations*, 2^e éd., 1885, t. III.
- *LAURENT. — *Principes de droit civil français*, 3^e éd., 33 vol., 1859-1888, t. XII, XIV, XVII.
- MONIER (R.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 1936, t. II.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e éd., avec la collaboration de G. Ripert, 1932, t. II et III.
- *PLANIOL-RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., 1925-1934 ; t. V, *Donations*, avec la collaboration de M. Trasbot ; VI, *Obligations*, avec le concours de M. Cassin et Esmain ; X, *Vente*, M. Hammel.

Ouvrages spéciaux, Thèses et Articles de Revues

- ARAFAT. — *La transcription de la vente en droit égyptien*. Thèse Paris, 1938.
- AUDUBERT. — *La résolution des contrats translatifs et des droits immobiliers*. Thèse Montpellier, 1913.

- AZÉMAR. — *Les contrats synallagmatiques*. Thèse Montpellier, 1900.
- BARDA. — *De la « Specific Performance »*. Thèse Paris, 1928.
- BOYER. — *Recherches historiques sur la résolution des contrats*. Thèse Toulouse, 1924.
- CAPITANT. — *De la cause des obligations*, 3^e éd., 1927.
— *L'évolution historique des contrats*. Cours doctorat, 1935-1936.
- CASSIN. — *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*. Thèse Paris, 1914.
— *L'inexécution des contrats et ses suites*. Cours doctorat, 1934-35.
— *Des libéralités à destination familiale*. Cours doctorat, 1935-1936.
— *Suspension, rupture et révision des contrats*. Cours doctorat, 1937-1938.
— *La résolution judiciaire dans les contrats*, dans les Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant.
- CHALLAMEL. — *Etude sur le projet civil allemand relatif aux droits réels*. Bul. Soc. Législation comparée, 1889.
- CHEVRIER. — *Essai sur l'histoire de la cause*. Thèse Paris, 1929.
- COT. — *La conception hitlérienne du droit*. Thèse Toulouse, 1938.
- CORNIL. — *Quelques considérations sur la réception du droit romain en Allemagne*. Communication à l'Académie Royale de Belgique, Bruxelles, 1920.
- DERVILLE. — *De l'action résolutoire et du droit aux dommages-intérêts appartenant au vendeur de meubles en cas de faillite*. Thèse Lille, 1929.
- DIMITRESCU. — *La condition résolutoire dans les contrats*. Thèse Paris, 1906.
- FIATTE. — *Les effets de la force majeure dans les contrats*. Thèse Paris, 1932.

- HAMEL. — *De la cause dans les libéralités*. Thèse Paris, 1920.
- *Communication aux journées de droit civil en hommage à Henri Capitant*.
- LAMBERT. — *Etudes de droit commun législatif*. Paris, 1903.
- LEPELTIER. — *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*. Thèse Caen, 1934.
- LEDUC. — *Des avants-contrats*. Thèse Paris, 1909.
- LEVY. — *La résolution de plein droit des contrats*. Thèse Paris, 1931.
- LEVY-ULLMANN. — *Droit civil comparé*. Cours doctorat, 1935-1936.
- *L'inexécution du contrat pour cause d'impossibilité dans le droit anglais*. Paris, 1922.
- MAURY. — *Essai sur la notion d'équivalence*. Thèse Toulouse, 1920.
- MEIGNÉ. — *Responsabilité et contrat*. Thèse Lille, 1924.
- MOURRUAU. — *Des droits du vendeur de meubles au cas de non-paiement du prix*. Thèse Paris, 1903.
- NAZ. — *Essai sur l'histoire de la vente*. Thèse Grenoble, 1870.
- NECHITCH. — *L'action en résolution dans les contrats*. Thèse Paris, 1909.
- NESTIANU. — *Le système allemand de compensation*. Thèse Paris, 1938.
- PAULE. — *De la résolution de la vente pour non-paiement du prix*. Thèse Toulouse, 1903.
- PICARD et PRUDHOMME. — *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*. Revue Trim., 1912, p. 61 s.
- PLESNILA. — *Analyse critique de la théorie des contrats réels*. Paris, 1910.
- POCHET. — *Des effets du jugement déclaratif sur les contrats synallagmatiques antérieurs*. Thèse Paris, 1897.
- RADOUANT. — *La force majeure*. Thèse Paris, 1920.
- RARINCESCO. — *Etude sur la publicité des causes de nullité*

ou de résolution en matière de transmission immobilière. Thèse Paris, 1914.

RENAULT. — *Base de la responsabilité contractuelle en matière civile et commerciale*. Thèse Paris, 1938.

ROGER. — *Situation des tiers en cas de propriété immobilière résoluble*. Thèse, 1897.

RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*.

SALLÉ DE LA MARNIERRE. — *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit*. Rev. Trim., 1933, p. 1037 s.

SALEILLES. — *Code Civil pour l'Empire d'Allemagne*. Annuaire de législation étrangère, 1896.

— *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, 1904.

— *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, 3^e éd., 1925.

SAGUÈS. — *La rupture unilatérale des contrats*. Thèse Paris, 1937.

SARRAUTE. — *De la suspension dans l'exécution des contrats*. Thèse Paris, 1929.

SCIOLDO-ZURCHER. — *La résolution des contrats pour inexécution*. Thèse, 1934.

TROUGNOUX. — *Du droit de résolution en droit romain et français*. Thèse Paris, 1893.

VALLIMARESCO. — *La justice privée*. Thèse Paris, 1924.

Droit Allemand

Ouvrages généraux

ACHILLES-GREIFF. — *BGB. nebst Einführungsgesetz*, Berlin, 1927.

BGB. Code Civil allemand, traduit et annoté par MM. Buftoir, Challamel, Drioux, Geny, Hamel, Levy-Ullmann, Saleilles, Paris, 1898

BRINZ (A.). — *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, 1892.

*COSACK. — *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*.

- *CROME (C.). — *Die Grundlehren des französischen Obligationen Rechts*, Mannheim, 1894.
- *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, 1904-1912.
- *DERNBURG. — *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, II, Halle, 1908-1910.
- *Pandekten*, II, Berlin, 1903.
- DURINGER-HACHENBURG. — *Das Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 6° éd., Mannheim, 1930.
- *ENDEMANN (F.). — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, 1903.
- *ENECCERUS-KIPP-WOLFF. — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Recht der Schuldverhältnisse*, Marburg, 1930.
- GIERKE (O.). — *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1917.
- HECK (Ph.). — *Grundriss des Schuldrecht*, Tübingen, 1929.
- *KÖHLER (I.). — *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II
- KUHLENBECK (L.). — *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899.
- *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1888, t. II, Leipzig und Berlin.
- *OERTMANN (P.). — *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1928.
- *PLANCK (Sieber). — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II, 1907.
- *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines BGB. Spahn Bd I, 1897.
- *REHBEIN. — *Bürgerliches Gesetzbuch*, II, Berlin, 1903.
- *SCHOLLMAYER. — *Kommentar. Recht der Schuldverhältnisse*, München, 1900-1909.
- *SOERGEL (H.). — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, II, 4° éd., Berlin, 1929.
- *STAUB. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*,

- *STAMMLER. — *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1897.
- *STAUDINGER. — *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse*, éd. 10, 1936.
- *TUHR (A. VON). — *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1910-1918.
- *TITZE (H.). — *Bürgerliches Recht*, Berlin, 1928.
- *WARNEYER (O.). — *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. II, 1930.
- *WINDSCHEID (Kipp). — *Lehrbuch des Pandektenrecht*, 9^e éd.
- ZITELMANN. — *Das Recht des BGB.*, Leipzig, 1900.
— *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1912.

Ouvrages spéciaux, Thèses et Articles de Revues

- ADLER (K.). — *Die Leistungsverweigerung nach § 320 BGB. mit besonderer Rücksicht auf den Handelskauf.* Festschrift für Zitelmann, 1913.
— *Beiträge zum Rechte der Gewährleistung*, Z.H.R., Bd 75, p. 453, 1912.
-- *Realcontract und Vorvertrag*, Ih. Jb. Bd 31, p. 190, 1892.
- BECHMANN. — *Kauf*.
- BERDZHEIMER (R.). — *Wandelungsanspruch bei Ersatz der Zahlung durch Aufrechnung*, Seuff Bl., Bd. 77, p. 500, 1912.
- BERNHÖFT. — *Zur Lehre von der Fiktionen*, Festschrift für Bekker, 1907.
- BOEHMER (G.). — *Realverträge im heutigen Recht*, Arch. Burg. Recht, Bd 38, p. 314, 1913.
- BOOR (H.-O. von). — *Vertrag und Unrecht*, Berlin, 1936.
- BRECHT. — *System der Vertragshaftung*, Ih. J. Bd 53, 54.
- BREUER. — *Das Zurückbehaltungsrecht des BGB.* (Diss.), Bonn, 1904.
- BRÜCKMANN. — *Nachfrist bei Erfüllungsweigerung*, D.J.Z., 1902, p. 220.
- CONZE (H.). — *Der Einfluss einer Verfügung des Kaufers*

- über die Kaufsache auf die ädilicischen Rechts-
mittel nach gemeinen Recht und BGB. (Diss), Ber-
lin, 1903.
- DEGENKOLB. — Zur Lehre vom Vorvertrag, Arch. Ziv. Prax.,
Bd 71, p. 1, 1887.
- DEMELIUS. — Realcontracte im heutigen Recht, Ih. J. Bd 3,
p. 399, 1859.
- DERNBURG (H.). — Über das Rücktrittsrecht des Käufers
wegen Positive Vertragsverletzung, D.J.Z., 1903,
p. 1.
- DOERR (W.). — Zur Lehre von den Positiven Vertragsver-
letzungen Recht, 1908, p. 207.
- EHRL (W.). — Wandelungsanspruch bei Ersatz der Zahlung
durch Aufrechnung, Seuff Bl., Bd 75, p. 573, 1913.
- EMGE (K.). — Das moment der Neuheit in § 950 BGB., Arch.
Ziv. Prax., Bd 114, p. 23 s., 1916.
- ENDEMANN (F.). — Das neuste Heft der Entscheidungen des
Reichsgerichts in Civilsachen, D.J.Z., 1903,
p. 160.
- ERLER. — Bedarf es im falle des § 326 BGB. zur
Begründung des Wahlrechts zwischen Schaden-
ersatz wegen nichterfüllung und Rücktritt, der
Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüll-
ungsweigerung des auderen Teils ? Recht, 1901,
p. 421.
- FRANKENBÜRGER. — Erfüllungsverzug beim Kauf, J. W.,
1925, p. 546.
- FRITZ (P.). — Die Erfüllungsweigerung des Schuldners,
Arch. Ziv. Prax., Bd 134, p. 97 s., 1931.
- GIERKE (O.). — Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetz-
buches und das Deutsche Recht, Leipzig, 1889.
— Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche
Reichstag, Berlin, 1896.
- GOLDMANN-LILIENHAL. — Das Bürgerliche Gesetzbuch syste-
matisch dargestellt, vol. I, Berlin, 1903.
- GSCHNITZER (F.). — Die Kündigung nach deutschen und

- Osterreichischen Recht*, 1h. Jb., Bd 76, p. 317,
Bd 78, p. 1.
- HACHENBURG. — *Der verzug bei Sukzessivlieferungsvertrag*,
L. Z., 1907, p. 9.
- HAGEMANN (K.). — *Dekungskauf, Dekungsverkauf und
mitwirkendes Verschulden des Vertragstreuen
Teils*, L. Z., 1914, Sp. 1345.
- HANAUSECK. — *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaf-
tenheit der Waare*, Berlin, 1883.
- HANGEN. — *Fristbestimmung bei Verweigerung der
Erfüllung*, D.J.Z., 1903, p. 49.
- HAYMANN. — *Die Schenkung unter einer Auflage*, Berlin,
1905.
— *Zur Grenzenziehung zwischen Schenkung und
eigentlichen Geschäfte*, 1h. I., Bd 56.
- HEILFRON (E.). — *Geschichte des gemeinen Privatrechts und
civil prozesses*.
- HELLWIG (K.). — *Anspruch und Klagerecht*, Iéna, 1900.
— *Grenzen der Rückwirkung*, Festschrift Giessen,
1907.
- HIMMELSCHEN (I.). — *Erfüllungszwang und Lehre von den
positiven Vertragsverletzung*, Arch. Ziv. Prax., Bd
135, p. 255, 1932.
- HEYER (F.). — *Die Selbsthülfe nach dem Bürgerlichen
Gesetzbuch* (Diss), Berlin, 1901.
- HUECK (A.). — *Der Sukzessivlieferungsvertrag*, Berlin, 1918.
- IACOBI (I.). — *Zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrag
Gruchots B.*, Bd 50, p. 230.
- IHERING (R. von). — *Zweck im Recht*, Leipzig, 1884.
- KARLOWA. — *De natura atque « Synalagmatos »*, éd. 1862.
- KAUFMANN. — *Wann ist die Frist des § 326 BGB. angemessen*,
D.J.Z., 1908 p. 1100.
— *Welchem Einfluss hat eine vom Käufer vor-
genommene Verfügung über die Kaufsache auf die
ädilizischen Rechtsmittel nach gemeinen Recht
und BGB.* (Diss), Rostock, 1901.

- KEUTNER (Ph.). — *Die rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge in BGB.* (Diss), 1898.
- KELLER. — *Jahrbuch des Gemeinen Recht*, IV, éd. 1860.
- KLEIDEDAM (F.). — *Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. für das Deutsche Reich*, Iéna, 1900.
- KIPP (Th.). — *Das Reichsgericht und die Positiven Vertragsverletzungen*, D.J.Z., 1903, p. 253.
- KISCH (W.). — *Die Wirkungen der nachträglichen eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. für das deutsche Reich*, Iéna, 1900.
- *Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen*, Ih. Jb., Bd 44, p. 68, 1902.
- KISS (G.). — *Zur frage der sogenannten Positiven Vertragsverletzungen*, Arch. Bürg. Recht, Bd 31, p. 175, Berlin, 1908.
- *Zur Lehre von dem Positiven Vertragsverletzungen Rech.*, 1908, p. 277.
- KNOKE (P.). — *Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. für das Deutsche Reich*, Iéna, 1901.
- KOHN (L.). — *Die Kaufgelderhypothek nach vollzogener Wandlung*, J. W., 1902, p. 7.
- *Erlass und Versicht nach dem BGB.*, Gruchots B., Bd 47, p. 221.
- KÖNIG. — *Mitteilungen und Erörterungen*, L. Z., 1917, Sp. 845.
- KÖNIGE. — *Ist der Verlangen sofortiger Vertragserfüllung als Setzung einer Nachfrist in Sinne des § 326 BGB. anzurekennen ?* L. Z., 1907, p. 48.
- KOSACK. — *Anfechtungsrecht.*
- KRAHMER (H.). — *Gegenseitige Verträge*, 1904, Berlin.
- KRESS (H.). — *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929.
- KRÜCKMANN (P.). — *Unmöglichkeit und Unmöglichkeit-Prozess*, Arch. Ziv. Prax., Bd 101, p. 1-306,

- LABAND. — *Der 58 Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, D.J.Z., 1905, p. 566.
- LAMMFORM (H.). — *Teilung*, Leipzig, 1897.
- LAZARUS (I.). — *Klageantrag bei Klagen aus Abzahlungsgeschäften*, D.J.Z., 1908, p. 302.
- *Das Recht des Abzahlungsgeschäftes nach geltendem Recht und nach dem BGB.*, 1898, Berlin.
- LEHMANN (H.). — *Die Positiven Vertragsverletzungen*, Arch. Ziv. Prax., Bd 96, p. 60.
- *Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht*.
- LEHMANN (H.)-STOBBE (O.). — *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, vol. III, Berlin, 1898.
- LENEL (O.). — *Die Lehre von der Voraussetzung*, Arch. Ziv. Prax., Bd 74.
- *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, Arch. Ziv. Prax., Bd 79.
- LESSER. — *Das Rücktrittsrecht bei Positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1906.
- LITTMANN. — *Das Rücktrittsrecht* (Diss), 1902, Berlin.
- LÖNING (R.). — *Der Vertragsbruch im deutschen Recht*, Strassburg, 1876.
- LORENZ (K.). — *Vertrag und Unrecht*, 2 vol., Hamburg, 1936.
- LOTMAR. — *Arbeitsvertrag*.
- MARX (O.). — *Zur Auslegung des § 326 BGB.*, J. W., 1924, p. 1584.
- MICHAELIS. — *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgericht*, Berlin, Leipzig, 1934.
- MOMMSEN (Fr.). — *Beiträge zum Obligationenrecht*, Braunschweig, 1855. Vol. I, *Unmöglichkeit der Leistung*. Vol. II, *Die Lehre von dem Interesse*. Vol. III, *Die Lehre von der Mora*.
- MÜLLER (G.). — *Der Sukzessivlieferungsvertrag*, Gruch. B., Bd 50, p. 508.
- MÜLLER-ERZBACH. — *Über den Rücktritt bei Sukzessiven-*

- lieferungs geschäfte und ähnlichen Verträgen*,
D.J.Z., 1904, p. 1158.
- NIEDNER (A.). — *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, D.J.Z., 1901, p. 443.
- OERTMANN (P.). — *Die Vorteilausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin, 1901.
- *Einrede und Verzug*, Z. H., Bd 78, p. 1, 1916.
- *Die Bedeutung der Rücktrittserklärung*, Seuff. Bl. 69, p. 65.
- *Leistungen Zug um Zug*, Bay. Z., 1905, p. 10 et 40.
- *Wandelung nach Zwangsversteigerung der Kaufsache*, D.J.Z., 1905, p. 519.
- *Entgeltliche Geschäfte*, München, 1912.
- PAECH. — *Der Leistungsverzug*, Berlin, 1902.
- PHILIPSBORN (A.). — *Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung*, Gruchots B., Bd 64, p. 10, 1920.
- POEHLER. — *Der Klageantrag bei Klagen aus Abzahlungs geschäften*, D.J.Z., 1908, p. 190.
- RIEZLER (E.). — *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912.
- REMÉLÉ. — *Bemerkungen zu der Frage der Positiven Vertragsverletzung Recht*, 1912.
- ROGOWSKY (A.). — *Aufwelche Gesetzlichen Grundlage berecht den Schadenersatzanspruch des Gläubigers im Falle der Zuwiderhandlung des Schuldners bei Unterlassung obligationen*, Arch. Ziv. Prax., Bd 104, p. 303.
- ROMEICK. — *Zur Technik des BGB Heft I : Fristbestimmung*, Stuttgart, 1901.
- ROSENBERG (L.). — *Zur Lehre vom sogenannten qualifizierten Geständnisse*, Arch. Ziv. Prax., Bd 94, p. 1-142, 1903.
- SAVIGNY. — *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.
- SCHLESINGER (W.). — *Die vorläufige und endgültige nicht-erfüllung*, Ost. Zent. Bl. 44, p. 1.

- *Die Lehre von den Positiven Vertragsverletzung und ihre Einfluss auf das Oesterreichische Recht*, Ost. Zent. Bl., Bd 44, p. 401.
- SCHLOSSMANN. — *Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontracte*, Ih. J., Bd 45, p. 1, 1903.
- SCHÖLLER (W.). — *Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miette und Diensvertrag*, Gruchots B., Bd 46, p. 1.
- *Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB.*, Gruchots B., Bd 44, p. 603.
- SECKEL (E.). — *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts* (Festgabe für Koch), Berlin, 1903.
- SICKEL (W.). — *Die Bestrafung des Vertragsbruches und analogen Rechtsverletzungen in Deutschland*.
- SIEGEL (A.). — *Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen ?* I. W., 1906, p. 802.
- SIMONSON. — *Fristbestimmung und Androhung aus § 326 BGB. bei erklärter Erfüllungsweigerung*, D.J.Z., 1902, p. 121.
- SOHM. — *Das Recht der Eheschliessung*.
- STAUB (H.). — *Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung*, D.J.Z., 1901, p. 478.
- *Die Positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904.
- STEINHAEUER (K.). — *Die Entwicklung und Gestaltung des Rechtes des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen nach Römisch gemeinen Recht und BGB.* (Diss), 1903, Rostock.
- STERNBERG. — *Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen ?* I. W., 1906, p. 623.
- STOBBE (O.). — *Zur Geschichte des Deutschen Vertragsrecht*, Leipzig, 1855.
- *Juden in Mittelalter*.
- STOLL (H.). — *Vertrag und Unrecht*, 2 vol., Tübingen, 1936.

- *Abschied von der Lehre von der Positiven Vertragsverletzung*, Arch. Ziv. Prax., Bd 136, p. 256, 1932.
- STROHAL. — *Zur Beurteilung des Rechtes der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lessung des Entwurfs eines BGB. für das Deutsche Reich.*, Ih. J., Bd 33, p. 361.
- TEUTSCH (R.). — *Setzung einer angemessenen Frist nach BGB.*, Seuff. Bl., Bd 66, p. 485.
- THIESING. — *Zum Begriff der wesentlichen Verschlechterung Recht*, 1908, p. 877.
- THIBAUT. — *Über die Notwendigkeit eines Allgemeinen Bürgerlichen Rechts für Deutschland.*
- TRAUMANN. — *Rücktritt vom Vergleiche Recht*, 1909, p. 62.
- TÜRKE. — *Rücktritt vom Zweiseitigen Verträgen (Diss)*, 1891.
- ZIELER. — *Einfluss der Weiterveräußerung der Kaufsache, insbesondere eines gekauften Tieres, auf das Wandelungsrecht des Käufers*, I. W., 1902, p. 292.
- ZITELMANN (E.). — *Nichterfüllung und Schlechterfüllung, Selbstmahnung des Schuldners (Festgahl für Paul Krüger)*, Berlin, 1911.
- UNGER. — *Realcontracte im heutigen Recht*, Ih. J., Bd 8, p. 1, 1866.
- WALSMANN (H.). — *Der Verzicht*, Leipzig, 1912.
- WEIL (R.). — *System des Schuldnersbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, München, 1905.
- WENDT. — *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse.*
- *Reuverträge*, 1879, Arch. Ziv. Prax., Bd 100, p. 1-418, 1906.
- WERNER (G.). — *Die Schadenersatzpflicht wegen Verschulden bei Erfüllung einer Verbindlichkeit Recht*, 1903, p. 308.

REVUES ET RECUEILS DE JURISPRUDENCE

- Archiv für Bürgerliches Recht.*
Archiv für Zivilistische Praxis.
Deutsche Juristenzeitung.
Deutsche Justiz.
Deutsches Recht.
Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitung für Deutsches Recht.
Osterreichische Zentralblatt für die Juristische Praxis.
Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Sorgels Rechtsprechung.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
Zeitschrift gesamte Handelsrecht.
Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Evolution historique du droit allemand jusqu'au Code de 1900

N ^{os}	PAGES
1. Réception du droit romain. Ses causes d'ordre théorique	12
2. Façon dont s'est réalisée pratiquement la réception	14
3. La codification réalisée par certains Etats de l'Empire allemand	16
4. Exagération des Pandectistes et réaction de l'Ecole germanique	18
5. Mouvement allemand vers l'unité juridique ...	20
6. Premier projet et critiques des germanistes	22
7. Code allemand de 1900 et les influences subies	23
8. Réserves qu'on doit faire sur les qualités du BGB. Justification du choix du sujet	25

LIVRE PREMIER

**LA THÉORIE DE LA RÉOLUTION
AUX DIFFÉRENTS STADES
DE SON ÉVOLUTION JUSQU'AU BGB.**

CHAPITRE PREMIER

La résolution avant le BGB.

SECTION PREMIÈRE. — DROIT ROMAIN

Nos	PAGES
9. Absence d'une théorie générale de la résolution et ses raisons	29
10. Solutions admises dans l'hypothèse de la vente	31
11. Solutions admises dans l'hypothèse du louage ..	32
12. Solutions admises en matière de contrats innom- més	33

SECTION II. — LE DROIT GERMANIQUE

ANTÉRIEUR AU CODE DE 1900 ET LA RÉOLUTION

§ 1^{er}. — *Solutions du droit germanique
avant la réception du droit romain*

13. Réparations des inexécutions en droit germa- nique	34
14. Clauses conventionnelles destinées à suppléer à l'absence du principe de résolution	37

§ 2. — *Solutions du droit germanique
après la réception du droit romain*

15. Caractéristiques du droit allemand dans cette matière	37
16. Les solutions romaines n'exercent pas d'influence sur le droit allemand	38

N ^{os}	PAGES
17. Privé de l'apport canonique, le droit allemand ne réussit pas à dégager la résolution comme institution propre aux contrats synallagmatiques	40
18. Dans les contrats consensuels, l'inexécution du débiteur ne supprime pas la cause de l'obligation du créancier	41
19. Opinion différente que Windscheid semble soutenir	42
20. Réparation de l'inexécution provenant de la mora debitoris. Solutions que la justice privée aurait pu fournir	42
21. Opinion des auteurs qui veulent admettre l'existence d'un droit de résolution en cas de mora debitoris	46
22. Principe du droit commun qui refuse d'admettre la résolution pour simple inexécution	47
23. Conclusion	50

CHAPITRE II

La résolution

dans les travaux préparatoires du BGB.

SECTION PREMIÈRE. — LE PREMIER PROJET

24. Les projets du BGB. s'inspirent en matière de résolution du point de vue allemand	52
25. Selon ce point de vue, l'inexécution à elle seule ne peut pas justifier la résolution	53

§ 1^{er}. — *Des hypothèses exceptionnelles où la résolution est consacrée dans le BGB.*

26. Résolution admise en cas d'impossibilité d'exécution due à la faute du débiteur	53
---	----

N ^{os}	PAGES
27. Résolution résultant de la volonté des parties ..	55
28. Résolution admise dans l'hypothèse où l'inexécution aurait enlevé tout intérêt à l'exécution	56

SECTION II. — LE SECOND PROJET

29. Le second projet conserve les grandes lignes du premier	57
30. Adoption du point de vue consacré par le BGB. en cas de retard d'exécution	58

SECTION III. — TEXTE DÉFINITIF DU BGB.

31. Texte des articles du BGB. consacrant la résolution	59
---	----

LIVRE DEUXIEME

LA RÉSOLUTION

DANS LE DROIT ALLEMAND CONTEMPORAIN DOMAINE, CAUSES, FONCTIONNEMENT

PREMIERE PARTIE

DU CHAMP D'APPLICATION DE LA RÉSOLUTION

TITRE PREMIER

DE LA NOTION DE CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

32. Application de la résolution seulement au contrat synallagmatique	66
---	----

SECTION PREMIÈRE. — DES THÉORIES
RELATIVES AUX CONTRATS SYNALLAGMATIQUES
LORS DE LA RÉDACTION DU BGB.

N ^{os}	PAGES
33. Absence de définition du contrat synallagmatique dans le BGB. Théories entre lesquelles il a refusé de prendre partie. Définition implicite	66

SECTION II. — DU CRITÉRIUM
DU CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

§ 1^{er}. — *De la communauté d'origine*

34. Communauté d'origine	69
35. Adoption et application de ce critère par le droit allemand	71
36. Conception restrictive du droit allemand, en plein accord avec la doctrine moderne française	77

§ 2. — *De l'interdépendance des obligations dérivant d'un contrat synallagmatique*

37. L'étroite liaison des obligations des parties	78
38. De la dépendance génétive des obligations dérivant d'un contrat synallagmatique	79
39. De la dépendance fonctionnelle des obligations dérivant d'un contrat synallagmatique	79
40. De l'exécution trait pour trait	80

SECTION III. — DES ÉLÉMENTS SECONDAIRES
QUI NE DÉTERMINENT PAS

LE CARACTÈRE SYNALLAGMATIQUE D'UN CONTRAT

§ 1^{er}. — *De l'équivalence des prestations*

41. Théorie objective	81
-----------------------------	----

N ^{os}	PAGES
42. Théorie subjective	82
43. Théorie de la plus-value	84
44. Critique de ces théories que la jurisprudence a refusé d'adopter	85
§ 2. — <i>De la réciprocité des prestations</i>	
45. La stipulation est un contrat synallagmatique malgré que la règle de la réciprocité n'y soit pas satisfaite	87
46. La jurisprudence allemande ne fait pas de la réciprocité une condition d'existence du con- trat synallagmatique	88
47. Le contrat de société est-il un contrat synallag- matique ? Discussion	89
48. Conclusion	91

DEUXIEME PARTIE

DES CAS D'INEXÉCUTION

JUSTIFIANT LA RÉSOLUTION

TITRE PREMIER

DE LA RÉSOLUTION

POUR IMPOSSIBILITÉ D'EXÉCUTION

DE LA PART DU DÉBITEUR

CHAPITRE PREMIER

De la résolution

pour impossibilité fautive d'exécution de la part du débiteur (art. 325 BGB.)

49. Caractère exceptionnel de la résolution tenant à
la volonté des rédacteurs qui ont tenté de la

N ^{os}	PAGES
concilier avec le principe de la force obligatoire quasi absolue des contrats	95
50. Formes spéciales d'inexécution qui peuvent aboutir à la résolution	96
51. Critique de cette conception	97

SECTION PREMIÈRE. — LA NOTION
D'IMPOSSIBILITÉ RÉELLE

§ 1^{er}. — *Caractères généraux de l'impossibilité*

52. Divers genres d'impossibilité	99
53. Impossibilité dont le débiteur est responsable	100
54. Explication des expressions employées par le BGB.	101

§ 2. — *La notion de responsabilité*

55. Faits et actes entraînant la responsabilité	102
56. Absence d'un principe général consacrant la responsabilité contractuelle	104

SECTION II. — DE L'IMPUTABILITÉ DE L'INEXÉCUTION
AU DÉBITEUR ET DE SES CONSÉQUENCES

§ 1^{er}. — *Admission de la résolution dans l'hypothèse où le débiteur est responsable de l'inexécution*

57. Résolution admise seulement dans le cas où le débiteur est responsable de l'impossibilité d'exécution	106
58. Système romain qui appliquait des solutions différentes aux différentes sortes d'inexécution	107
59. Système français qui ne consacre pas formellement cette distinction	108
60. Le système du BGB. : il admet une nette distinction légale et accorde la résolution seulement	

N ^{os}	PAGES
au cas où l'inexécution est une conséquence de la faute du débiteur	110
§ 2. — <i>Application de la théorie des risques, dans l'hypothèse où l'inexécution du débiteur provient de la force majeure</i>	
61. La charge des risques dans les obligations unila- térales	111
62. La charge des risques dans les contrats synallag- matiques	111
63. Source d'inspiration du BGB. Conséquence de la différence de rédaction entre le Code prussien et le BGB.	112
64. Transfert des risques	114
65. Solutions admises en cas d'inexécution fortuite partielle	116
66. Différence seulement apparente entre les solu- tions fournies par la théorie de la résolution et par celle des risques lorsque l'inexécution est partielle	117
67. Charge de la preuve en cas d'inexécution fortuite et en cas d'inexécution fautive	120
68. Charge de la preuve en cas d'impossibilité par- tielle	122
69. Charge de la preuve en cas d'impossibilité due à une faute. Identité des solutions avec celles du droit français	123

CHAPITRE II

De la résolution

pour cause d'impossibilité fictive d'exécution de la part du débiteur (art. 283 BGB.)

70. Consécration de la résolution pour impossibi- lité fictive	124
---	-----

N ^{os}	PAGES
71. Conditions d'application de cette hypothèse	125
72. Nécessité pour les rédacteurs de consacrer cette hypothèse	126
73. Possibilité sur lesquelles porte le droit d'option dans ce cas	128
74. Raison de la coexistence de l'art. 283 avec l'art. 326	131
75. Explication de la position des auteurs devant l'art. 283	132
76. Critique de cette disposition	132

TITRE II

**DE LA RÉSOLUTION
POUR ABSENCE D'INTÉRÊT DU CRÉANCIER
A L'EXÉCUTION DU CONTRAT**

CHAPITRE PREMIER

**De la résolution
pour absence d'intérêt du créancier à l'exécution
provenant de l'inexécution du débiteur
pendant le délai fixé (art. 326 al. 1^{er})**

77. Critique du système de la résolution tel qu'il était prévu par le premier projet et raison d'être de l'art. 326	136
---	-----

SECTION PREMIÈRE. — DE LA MISE EN DEMEURE

§ 1^{er}. — *Forme et contenu de la sommation*

78. Forme de la sommation	139
79. Contenu de la sommation	140
80. Inefficacité de la sommation éventuelle	140

N ^{os}	PAGES
81. Sommation par laquelle on exige plus que dans le contrat	141
82. Solution de la jurisprudence	142
§ 2. — <i>Des hypothèses où la sommation est superflue</i>	
83. Consécration par le BGB. du principe dies interpellat pro homine	144
84. Large application de ce principe faite par la jurisprudence	147
85. Inutilité de la sommation dans le cas de l'art. 284, § 2	150
86. Inutilité de la sommation en cas de refus d'exécution du débiteur, principe posé par la jurisprudence	150
87. Inutilité de la sommation pour la restitution des objets acquis par fait illicite	151
88. Inutilité de la sommation résultant de la nature de l'obligation	152
89. Conclusion	152

SECTION II. — DU DÉLAI CONVENABLE

90. Moment où peut être fixé le délai convenable. Opinion des auteurs	153
91. Solution adoptée par la jurisprudence	154
92. Solution contraire adoptée par la jurisprudence pour des considérations d'équité	155
93. Durée du droit du créancier de fixer le délai convenable	156
94. Caractère que la loi semble attribuer au délai ..	156
95. Explication de la consécration du délai par les rédacteurs	158
96. Critique de l'institution du délai	159
97. Manière dont la jurisprudence a interprété et appliqué le délai de l'article 326	161

N ^{os}	PAGES
98. Intervention des tribunaux qui ont à apprécier la convenance du délai	165
99. Non convenance du délai	166
100. Effets juridiques d'un délai trop court. Solutions proposées par la doctrine	166
101. Effets juridiques d'un délai trop court. Solutions de la jurisprudence	167
102. Sanction civile prononcée par la jurisprudence contre le créancier qui cherche la résolution au moyen de la fixation d'un délai	168
103. Effet d'une déclaration par laquelle on exige plus que dans le contrat	173
104. Changements apportés dans la durée du délai	173

SECTION III. — DE LA DÉCLARATION DU CRÉANCIER

105. Nécessité pour le délai d'être accompagné de la déclaration du créancier	174
106. Façon dont la jurisprudence comprend le but et la forme de la déclaration	175

SECTION IV. — DE LA SITUATION JURIDIQUE DES PARTIES PENDANT ET APRÈS LE DÉLAI

107. Large pouvoir d'appréciation que se réservent les tribunaux en ce qui concerne le dépassement du délai	178
108. Façon dont doit s'effectuer l'exécution pendant le délai	180

§ 1^{er}. — Des droits du créancier

109. Possibilités sur lesquelles porte le choix du créancier d'une obligation inexécutée	181
110. Caractère supplétif des dispositions de l'art. 326	182

§ 2. — *Des effets de l'inexécution du débiteur
pendant le délai fixé*

N ^{os}	PAGES
111. Exclusion de la possibilité d'exécuter le contrat in specie après l'expiration du délai	184
112. Droit d'option du créancier	186
113. Conclusions sur le premier alinéa de l'art. 326	187

CHAPITRE II

**Du droit de résolution immédiate
pour absence d'intérêt du créancier à l'exécution,
provenant de la demeure du débiteur
(art. 326 al. 2)**

114. Critique du premier alinéa de l'art. 326	188
---	-----

SECTION PREMIÈRE. — CAS DE RÉOLUTION IMMÉDIATE
PRÉVUS PAR LA LOI

115. Exception à l'art. 326 al. 1 ^{er} , posée par le deuxième alinéa de cet article	190
116. Nécessité d'accorder au créancier un droit de résolution immédiate en cas d'inexécution. Rapprochement avec le système français	190
117. Interprétation littérale donnée par la jurispru- dence à cet alinéa. Nécessité d'un rapport de cause à effet entre la demeure et l'absence d'intérêt	192
118. Absence d'unité complète de la jurisprudence résultant du fait qu'elle tâche de sauvegarder le contrat	195
119. Effets produits par l'absence d'intérêt lors- qu'elle apparaît pendant le délai	196
120. Critique de la jurisprudence	197

SECTION II. — DES EXTENSIONS JURISPRUDENTIELLES
EFFETS DU REFUS D'EXÉCUTION DU DÉBITEUR

§ 1^{er}. — *De la discussion dans la doctrine*

N ^{os}	PAGES
121. Opinion des auteurs soutenant la théorie positive	200
122. Opinion des auteurs soutenant la théorie négative	204

§ 2. — Solutions de la jurisprudence

123. La jurisprudence exige que le refus soit sérieux et définitif	207
124. Arguments par lesquels la jurisprudence justifie sa solution	208

§ 3. — *De l'opinion des auteurs
qui n'approuvent pas la solution
de la jurisprudence*

125. Opinion des auteurs qui estiment que le refus d'exécution ne constitue pas une « Positive Vertragsverletzung »	210
---	-----

CHAPITRE III

De la résolution

**pour absence d'intérêt du créancier à l'exécution,
provenant de l'exécution partielle du débiteur
(art. 325 al. 1^{er} et art. 326 al. 1^{er})**

SECTION PREMIÈRE. — DE L'ÉTENDUE DE L'INEXÉCUTION

126. Différents degrés de gravité que l'inexécution peut revêtir	219
127. Inexécution et déséquilibre contractuel	220

§ 1^{er}. — *De la résolution partielle
consacrée légalement par le droit allemand*

N ^{os}	PAGES
128. Consécration légale par le BGB. de la résolution partielle en cas d'inexécution partielle	221

§ 2. — *Droit d'option du créancier
d'une obligation partiellement inexécutée*

129. Diverses possibilités sur lesquelles porte le droit d'option du créancier	224
130. Droits du créancier dans l'hypothèse de l'art. 326	225
131. Opinion de Romeick	226
132. Critique de l'opinion de Romeick	226

SECTION II. — DU CRITÉRIUM APPLICABLE POUR LE CHOIX
ENTRE LA RÉOLUTION PARTIELLE
ET LA RÉOLUTION TOTALE

§ 1^{er}. — *Du critérium subjectif
résultant du but visé par le créancier
lors de la conclusion du contrat*

133. Critérium subjectif consacré par le droit allemand	227
134. Consécration par le BGB. de ce critérium	228

§ 2. — *De la bonne foi des parties*

135. Influence que la bonne foi des parties peut avoir entre la résolution partielle et la résolution totale	229
136. Identité de cette solution et de celle du droit français	231

CHAPITRE IV

**De la résolution pour absence d'intérêt
du créancier à l'exécution
provenant de l'inexécution d'un « Fixgeschaeft »**

N ^{os}	PAGES
137. Nécessité pour le BGB. de prévoir un droit de résolution immédiat dans cette hypothèse ..	234
138. Large application de cette notion faite à la juris- prudence	236
139. Droit d'option du créancier d'un « Fixgeschäft » non exécuté	237

TITRE III

**DE LA RÉOLUTION
POUR POSITIVE VERTRAGSVERLETZUNG
DU DÉBITEUR**

140. Adoption	240
---------------------	-----

TITRE IV

**LES AUTRES CONDITIONS NÉCESSAIRES
POUR L'EXERCICE DE LA RÉOLUTION**

141. Position de la question	243
------------------------------------	-----

CHAPITRE PREMIER

**De l'obligation de bonne foi que doit respecter
le créancier dans l'exercice de la résolution**

§ 1^{er}. — *Exécution de sa propre obligation*

142. Obligation du créancier d'être prêt et en état d'exécuter pour pouvoir agir en résolution ..	244
--	-----

L.-J. C.	35
----------	----

§ 2. — *But loyal que doit poursuivre
le créancier exerçant la résolution*

N ^{os}	PAGES
143. Obligation pour le créancier de ne pas détourner la résolution de son véritable caractère d'institution d'équité	246

CHAPITRE II

De la perte par le créancier du droit d'exercer la résolution

SECTION PREMIÈRE. — DE LA RENONCIATION DU CRÉANCIER

144. De la renonciation expresse ou tacite du créancier	247
---	-----

SECTION II. — DE LA DÉCHÉANCE DU CRÉANCIER

145. Position de la question	248
------------------------------------	-----

§ 1^{er}. — *Perte du droit de résolution
pour détérioration du fait du créancier
de l'objet reçu*

146. Hypothèses prévues par l'art. 351	250
147. Conditions d'application de cet article	251
148. Discussion provoquée par le sens qu'on doit attribuer dans ce cas à la notion de « fautif »	253

§ 2. — *De la perte du droit de résolution
pour transformation de l'objet reçu
du fait du créancier*

149. Hypothèses prévues par l'art. 352	256
--	-----

§ 3. — *De la perte du droit de résolution
pour aliénation par le créancier de l'objet reçu*

N ^{os}	PAGES
150. Fondement juridique attribué par la doctrine à la perte du droit de résolution dans ce cas ..	257
151. Conclusions sur les dispositions du BGB. en cette matière	261

TROISIEME PARTIE

FONCTIONNEMENT DE LA RESOLUTION DU DROIT D'OPTION DU CRÉANCIER

152. Possibilités sur lesquelles porte le droit d'option du créancier	264
---	-----

CHAPITRE PREMIER

Du caractère subsidiaire de la résolution

153. Droit d'option du créancier	266
154. En droit français le caractère subsidiaire de la résolution résulte de la nature des choses	267
155. En droit allemand le caractère subsidiaire de la résolution est de nature légale. Explication de cette disposition	269

CHAPITRE II

Moment à partir duquel le créancier possède le droit d'option

156. Obligation du débiteur de notifier l'impossibilité	272
157. Reconnaissance par la jurisprudence de l'obligation de notifier	274

N ^{os}	PAGES
158. Existence de l'obligation de notifier en droit français	275
159. Conclusion	276

CHAPITRE III

De la nature juridique et de la durée du droit d'option

160. Position de la question	278
§ 1 ^{er} . — <i>De la controverse doctrinale</i>	
161. — Opinion de Kish	279
162. Opinion de la majorité de la doctrine	279
163. Solutions résultant du texte du BGB.	280
§ 2. — <i>Limitation apportée par la jurisprudence à la durée du droit d'option</i>	
164. Solutions de la jurisprudence	282
165. Conclusion critique sur l'attitude de la jurisprudence	284

CHAPITRE IV

De la façon dont s'exerce le droit d'option

166. Nature juridique et caractère de la déclaration d'option	289
167. Discussion sur la possibilité de revenir sur l'option faite en droit romain et en droit français	290
168. Solution du droit allemand	292
169. Critique des arguments de la jurisprudence allemande	294

CHAPITRE V

**Du non-cumul des dommages-intérêts
avec la résolution**

N ^{os}	PAGES
170. Position de la question	297
§ 1 ^{er} . — <i>Solution du droit allemand</i>	
171. Arguments par lesquels le droit allemand justifie sa solution	298
§ 2. — <i>Explication de la solution fournie par le droit allemand</i>	
172. Explication résultant du caractère non judiciaire de la résolution	301
173. Explication résultant de l'absence d'un principe général consacrant la responsabilité contractuelle	302
§ 3. — <i>Critique du système allemand</i>	
174. Fausseté de l'argument suivant lequel la résolution conduit seule à l'extinction du contrat ..	303
175. La réparation du dommage et la résolution sont des questions différentes qui ne peuvent recevoir de solution commune	305
176. Cercle vicieux dans lequel tourne l'argumentation du droit allemand	306
177. Caractère inéquitable de la solution du droit allemand lorsque la réparation se réfère au <i>lucrum cessans</i>	306
178. Caractère inéquitable de la solution du droit allemand lorsque la réparation se réfère au <i>damnum emergens</i>	307

N ^{os}	PAGES
179. Réserves à faire sur la véritable portée du principe du non-cumul de la résolution et des dommages-intérêts	308

CHAPITRE VI

Du caractère non judiciaire de la résolution en droit allemand

180. Position de la question	310
181. Caractère judiciaire que possède la résolution en droit français	310

§ 1^{er}. — *Caractère non judiciaire que possède la résolution en droit allemand*

182. La résolution s'exerce par déclaration unilatérale de la part du créancier	312
183. Origine et explication du caractère non judiciaire que possède la résolution en droit allemand	313

§ 2. — *Aperçu sur la théorie des « Droits constitutifs » en droit allemand*

184. Gestaltungsrechte	315
------------------------------	-----

§ 3. — *Critique du système allemand*

185. Inconvénients que présente le système allemand	317
186. Ressemblance existant entre le système allemand et le système français	319

LIVRE TROISIÈME

DES EFFETS DE L'OPTION DU CRÉANCIER

PREMIÈRE PARTIE

DES EFFETS DE LA RÉSOLUTION

TITRE PRÉLIMINAIRE

DE LA CONCEPTION DES RÉDACTEURS TOUCHANT
LES EFFETS DE LA RÉSOLUTION

N ^{os}	PAGES
187. Position de la question	327

CHAPITRE PREMIER

Des théories relatives aux effets de la résolution

SECTION PREMIÈRE. — DES THÉORIES SOUTENUES
LORS DE LA RÉDACTION DU BGB.

188. Discussion lors de l'élaboration du premier projet	329
189. Discussion lors de l'élaboration du deuxième projet	331

SECTION II. — DES THÉORIES SOUTENUES
APRÈS LA PROMULGATION DU BGB.

190. Théorie « Der Direkten Wirkung »	332
191. Théorie « Der Indirekten Wirkung »	334

SECTION III. — DE L'INTÉRÊT RESTREINT
DE LA DISCUSSION

N ^{os}	PAGES
192. Accord des deux théories sur les principaux points de la discussion	336
193. Questions secondaires sur lesquelles porte l'intérêt de la controverse	337

TITRE PREMIER

DES EFFETS DE LA RESOLUTION DANS LE BGB.

CHAPITRE PREMIER

Des effets de la résolution entre les parties

SECTION PREMIÈRE. — DE L'EXTINCTION DU CONTRAT

194. Place de la résolution dans le BGB.	339
195. Sort du contrat résolu	340

SECTION II. — DE LA RESTITUTION
DES PRESTATIONS REÇUES

§ 1^{er}. — *De la restitution en nature*

196. Identité de cette solution et de la résiliation lorsque la résolution porte sur un contrat n'ayant pas reçu d'exécution dans le passé	341
197. Lieu où s'effectue la restitution des prestations	341
198. Le contenu de l'obligation de restitution est déterminé par l'art. 346 et non par le principe concernant l'enrichissement sans cause	342
199. Cas exceptionnel où la restitution s'est faite d'après le principe de l'enrichissement sans cause	342

N ^{os}	PAGES
200. Différence entre la restitution faite d'après le principe de l'enrichissement sans cause et celle faite suivant l'art. 346	346

§ 2. — *De la restitution par équivalent*

201. Impossibilité de la restitution en nature. Distinction faite par le droit allemand	348
202. Confusion que semble faire l'art. 346 entre la résolution et la résiliation en matière de restitution	350
203. L'art. 346 pose d'une façon défectueuse le principe général de la restitution par équivalent toutes les fois que la restitution en nature n'est pas possible	351
204. L'art. 347 pose le principe de la réparation lorsque la restitution a été rendue impossible par les parties	352
205. Façon dont on établit cette obligation de réparation	354
206. Impossibilité juridique d'appliquer l'art. 989 à cette hypothèse. Inadvertance des rédacteurs du BGB. Critique	356

SECTION III. — DE LA RESTITUTION DES FRUITS
ET DU REMBOURSEMENT DES IMPENSES

207. Restitution des fruits	359
208. Remboursement des impenses	361

SECTION IV. — DE LA MANIÈRE
DONT S'EFFECTUE LA RESTITUTION RÉCIPROQUE

209. Du rapport synallagmatique des restitutions donnant lieu à l'exception d'inexécution mais non à la résolution	363
L.-J. C.	35*

CHAPITRE II

Des cas où la résolution n'aboutit pas à rétablir
la situation antérieure au contratSECTION PREMIÈRE. — DE L'EXCLUSION
DES DOMMAGES-INTÉRÊTS EN CAS DE RÉSOLUTION

N ^{os}	PAGES
210. Position de la question. Contradiction apparente des arrêts de jurisprudence	367
211. Principe suivant lequel la résolution doit rétablir la situation antérieure au contrat. Sa portée relative. Interdiction de réparer le dommage subi du fait de l'inexécution lorsqu'on résout le contrat	370

SECTION II. — DE LA CHARGE DES RISQUES
LORSQUE L'OBJET DE L'OBLIGATION EXÉCUTÉE
A DISPARU AVANT L'EXERCICE DE LA RÉSOLUTION

212. Disposition de l'art. 350 qui attribue les risques au vendeur lorsque l'objet périt par cas fortuit avant l'exercice de la résolution	371
213. Comparaison avec le droit français. Critique de la disposition de l'art. 350	373
214. Conclusion	375

CHAPITRE III

Des effets de la résolution à l'égard des tiers

215. Position de la question	377
------------------------------------	-----

SECTION PREMIÈRE. — EFFETS DIFFÉRENTS
QU'ENTRAÎNE LA RÉOLUTION
EN DROIT ROMAIN, FRANÇAIS ET ALLEMAND

N ^{os}	PAGES
216. Solution du droit romain	377
217. Solution du droit français	378
218. Effets, inconvénients du système français	379
219. Solution du BGB.	380

SECTION II. — EXPLICATION DU CARACTÈRE PERSONNEL
DE LA RÉOLUTION PAR LE MODE
DONT S'OPÈRE LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ

220. Réalisation du transfert de propriété. Evolution du droit romain exigeant la tradition vers le droit français où le transfert des propriétés est consensuel	382
221. Le droit allemand consacre la solution romaine en matière de transfert de propriété	385
222. Explication du caractère personnel de l'obliga- tion de restitution engendrée par l'exercice de la restitution en droit allemand	386

TITRE II

DES EFFETS DE LA RÉSILIATION

CHAPITRE PREMIER

De la résiliation dans les contrats
à exécution continue

223. Raison d'être de la résiliation dans ce genre de contrat	389
--	-----

CHAPITRE II

De la résiliation dans le contrat

à livraison successive

N ^{os}	PAGES
224. Caractère du contrat à livraison successive. Solution du droit allemand	393
225. Opinion des auteurs qui refusent au créancier le droit de résilier le contrat à cause d'une livraison entachée de vices	397
226. Solution de la jurisprudence	398
227. Nécessité pour les tribunaux d'admettre cette solution même à l'encontre de la loi	401

DEUXIÈME PARTIE

DES EFFETS DE L'OPTION LORSQU'ELLE PORTE
SUR LES DOMMAGES-INTERETS POUR INEXECUTION

228. Aperçu des théories proposées. Intérêt de la controverse	403
---	-----

CHAPITRE PREMIER

Solutions proposées par la doctrine

SECTION PREMIÈRE. — THÉORIE DE LA DIFFÉRENCE

229. Arguments de la théorie de la différence	406
---	-----

SECTION II. — THÉORIE DE L'ÉCHANGE

230. Critique de la Théorie de la Différence	410
231. Arguments de la Théorie de l'Echange	412
232. Théorie de la Différence dans sa forme adoucie	415

CHAPITRE II

Solutions de la Jurisprudence

233. Adoption par la jurisprudence de la Théorie de la Différence	417
234. Adoption dans certains cas de la Théorie de la Différence dans sa forme adoucie	421

CHAPITRE III

De la rupture unilatérale du contrat

235. Effet de l'adoption de la Théorie de la Différence par la jurisprudence. Deckungsgeschäft	423
236. Origine de cette institution	425
237. Différence entre la « Selbsthulferkauf » et la « Dekungskauf »	425
238. Caractères généraux du Deckungsgeschäft	426
239. Moment où le créancier peut procéder à un Deckungsgeschäft	428
240. Responsabilité du retard de procéder au remplacement	430
241. Conclusion	432

LIVRE QUATRIÈME

CONCLUSIONS — CRITIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DES CARACTÉRISTIQUES DU SYSTÈME

LEGAL ALLEMAND

CHAPITRE PREMIER

De l'absence d'un principe général de résolution
et de ses conséquencesSECTION PREMIÈRE. — EXPLICATION HISTORIQUE
DE L'ABSENCE D'UN PRINCIPE GÉNÉRAL

N ^{os}	PAGES
242. Raisons historiques qui expliquent l'absence d'un principe général dans le BGB.	438

SECTION II. — CONSÉQUENCES DE L'ADMISSION
DE LA RÉOLUTION
SEULEMENT DANS CERTAINS CAS DÉTERMINÉS

243. — Admission exceptionnelle de la résolution	439
---	-----

§ 1^{er}. — *Incompatibilité existant
entre les divers cas d'admission de la résolution*

244. Les divers cas d'admission de la résolution ne s'intègrent pas dans le même principe	440
--	-----

§ 2. — *Explication de cette incompatibilité*

245. Impossibilité de concilier les divers cas d'admis- sion de la résolution sur le plan théorique ..	444
---	-----

N ^{os}	PAGES
246. Explication résultant de la manière dont la résolution a été consacrée par le BGB.	445

SECTION III. — CARACTÈRE FORMALISTE
ET COMPLIQUÉ DE LA RÉOLUTION DE L'ART. 326

247. Nécessité d'admettre l'art. 326. Ses inconvénients	446
---	-----

SECTION IV. — ETROITESSE DU SYSTÈME LÉGAL ALLEMAND

248. Le système du BGB. ne donne pas satisfaction aux besoins de la vie pratique	451
--	-----

CHAPITRE II

**Des autres caractéristiques du système
légal allemand**

SECTION PREMIÈRE. — CARACTÈRE SUBSIDIAIRE
DE LA RÉOLUTION

249. Le BGB. assigne comme point de départ de la résolution l'impossibilité d'exécution et non l'inexécution	455
250. Caractère subsidiaire légal que possède la résolution en droit allemand	456
251. Inconvénients résultant du fait que le délai sert en même temps à obtenir l'exécution en nature et la résolution	457

SECTION II. — CARACTÈRE NON JUDICIAIRE
DE LA RÉOLUTION

252. Vraie portée de cette caractéristique	459
--	-----

SECTION III. — NON CUMUL

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS AVEC LA RÉSOLUTION

N ^{os}	PAGES
253. Vraie portée de cette caractéristique	460

SECTION IV. — EFFET PERSONNEL

QU'ENTRAÎNE LA RÉSOLUTION EN DROIT ALLEMAND

254. Portée réelle de ce principe	461
---	-----

DEUXIÈME PARTIE

DE LA FORMATION D'UNE JURISPRUDENCE

BRISANT LE CADRE LÉGAL

CHAPITRE PREMIER

Des lacunes du BGB. relevées par la doctrine

SECTION PREMIÈRE. — DE LA THÉORIE DE STAUB

255. Résumé de la théorie de Staub	463
256. Réserves à faire sur la théorie de Staub	467

SECTION II. — DES THÉORIES SOUTENANT
QUE LE BGB. NE POSSÈDE AUCUNE LACUNE§ 1^{er}. — *Théorie de Goldmann-Lilienthal*

257. Résumé de la théorie de Goldmann-Lilienthal	469
258. Critique faite par Staub	470

§ 2. — *Théorie de Scholler*

259. Résumé de la théorie de Scholler	471
---	-----

§ 3. — *Théorie de M. Himmelschein*

N ^{os}	PAGES
260. Critique adressée à la théorie de Staub	471
261. Résumé de la théorie de M. Himmelschein	473
262. Critique faite par M. Stoll	478
263. Réserves à faire sur la théorie de M. Himmelstein	480

SECTION III. — LA DOCTRINE EN SON ÉTAT ACTUEL

264. Contenu large que possède actuellement la notion de Positive Vertragsverletzung	484
265. Systèmes différents proposés par les auteurs pour justifier le résultat pratique produit par la théorie de Positive Vertragsverletzung	485

CHAPITRE II

Résultats pratiques produits par la théorie
de la Positive Vertragsverletzung

SECTION PREMIÈRE. — CONSÉCRATION DE LA THÉORIE
DE LA POSITIVE VERTRAGSVERLETZUNG
PAR LA JURISPRUDENCE

§ 1^{er}. — *Adoption de la théorie
de la Positive Vertragsverletzung
par le Reichsgericht*

266. Tâtonnements de la jurisprudence et adoption définitive de cette théorie	488
--	-----

§ 2. — *Caractères de la Positive Vertragsverletzung
d'après la jurisprudence*

267. Menace du but du contrat comme critère d'exis- tence de la Positive Vertragsverletzung et de l'admission de la résolution	493
--	-----

§ 3. — <i>Large application</i> <i>de la Positive Vertragsverletzung par la jurisprudence</i>	
N ^{os}	PAGES
268. Application aux contrats à exécution successive	495
269. Application à toutes les violations ou inexécutions d'obligations contractuelles	498

§ 4. — *Admission par la jurisprudence*
de la Positive Vertragsverletzung
à l'encontre même d'un texte exprès du BGB.

270. Nécessité d'admettre au mépris de l'art. 326 que le retard constitue une Positive Vertragsverletzung	500
---	-----

SECTION II. — CONSIDÉRATIONS FINALES

271. L'adoption de la théorie de la Positive Vertragsverletzung par la jurisprudence a porté un coup décisif au système légal allemand en faisant disparaître toutes ces caractéristiques ..	504
272. Consécration d'un principe général en matière d'admission de la résolution	505
273. Les tribunaux se débarrassent des formalités de l'art. 326	506
274. Le droit d'option du créancier porte à la fois sur l'exécution du contrat et sur sa résolution ..	509
275. Intervention des tribunaux pour juger de la gravité de l'inexécution	511
Fin	512

BIBLIOGRAPHIE.

TABLE DES MATIÈRES.

CARON
IMPRIMERIE CARON ET Cie
34, RUE DEMOLOMBE

